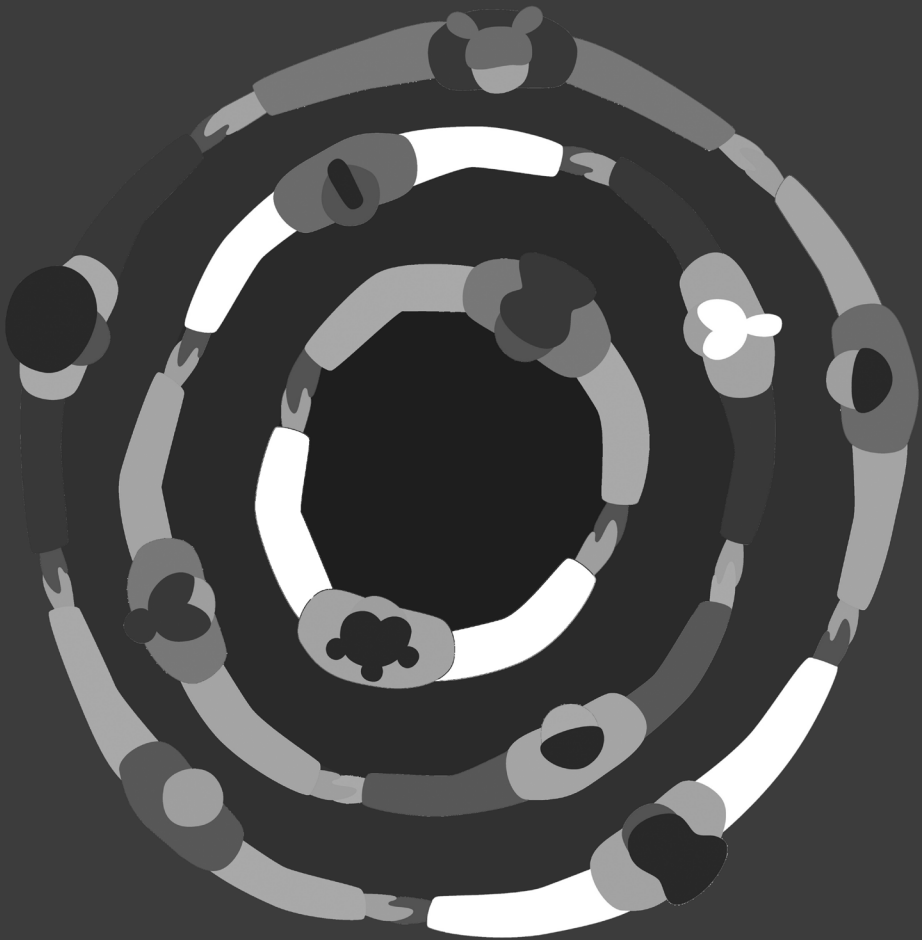
Harley Christian do Valle Silva

A proteção homogênea dos GRUPOS VULNERÁVEIS fundamentada nos direitos humanos

Ano 2023

Harley Christian do Valle Silva

A proteção homogênea dos GRUPOS VULNERÁVEIS fundamentada nos direitos humanos

Ano 2023

Editora chefe
Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Editora executiva
Natalia Oliveira
Assistente editorial
Flávia Roberta Barão
Bibliotecária
Janaina Ramos
Projeto gráfico
Bruno Oliveira
Camila Alves de Cremo
Luiza Alves Batista
Imagens da capa
iStock
Edição de arte
Luiza Alves Batista

CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS

A proteção homogênea dos grupos vulneráveis fundamentada nos direitos humanos

Diagramação: Natália Sandrini de Azevedo
Correção: Flávia Roberta Barão
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: O autor
Autor: Harley Christian do Valle Silva

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S586 Silva, Harley Christian do Valle
A proteção homogênea dos grupos vulneráveis fundamentada nos direitos humanos / Harley Christian do Valle Silva. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-258-0932-8
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.328232301

1. Direitos humanos. I. Silva, Harley Christian do Valle. II. Título.

CDD 306.766

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DO AUTOR

O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao conteúdo publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certifica que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

Dedico este trabalho a minha filha, Helena de Tróia, que encontrará um mundo futuro mais receptivo graças aos nossos avanços na compreensão da igualdade

AGRADECIMENTOS

A minha esposa Nathália Janaína de Faria do Valle Silva, de quem a companhia tive que me privar para que fosse possível essa conquista, pela compreensão e ajuda.

Ao meu irmão Jônathas Vinícius do Valle Silva pelo exemplo de responsabilidade e dedicação durante a pós-graduação em quem eu me espelho.

Aos companheiros do Plantão da 5ª Delegacia de Polícia de Nova Serrana, pelas horas proveitosas durante as madrugadas.

Aos escrivães Jorge Peralva, Thiago Gualberto, Alex Rocha e Luiz Fernando Fontoura pelo incentivo e suporte durante todo o curso deste mestrado.

Aos colegas delegados Alex Sandro Cecílio e Diógenes Caldas do Vale pela troca de plantão nos dias de curso e durante a elaboração da dissertação.

Aos investigadores Daniel Chagas e Marcel Galvão por segurarem a barra junto comigo do plantão noturno, fato que tornou possível a feitura deste curso.

À professora Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz, minha orientadora no mestrado, pelo exemplo de compromisso na docência e orientação que fez de mim um profissional e um ser humano melhor.

Ao professor Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz, meu co-orientador no mestrado, pelo incentivo rigoroso de um pai que quer ver seus filhos prosperarem.

Ao professor Dr. Deilton Ribeiro Brasil, pelos apontamentos pertinentes e críticas direcionadas que auxiliaram no enriquecimento deste trabalho.

A todos os professores do programa de mestrado da Universidade de Itaúna, pela contribuição na minha formação e qualificação profissional.

A todos os funcionários da secretaria do mestrado da Universidade de Itaúna, pela costumeira gentileza, presteza e respeito com que sempre se reportaram a mim e demais colegas de curso.

Aos meus colegas do curso de mestrado da Universidade de Itaúna, pela convivência sempre harmoniosa e construtiva.

Aos amigos Thiago Lenoir e Mazurkiewicz Simões, novos companheiros conquistados neste mestrado, pelo incentivo e ajuda na elaboração da dissertação.

Aos meus familiares, pelo carinho e amor.

SUMÁRIO

RESUMO

O trabalho tem o escopo de estudar a proteção aos grupos vulneráveis sobre os prismas do direito internacional e interno entendendo o fundamento de tal proteção. Com isso pretende ainda verificar se há discrepâncias entre a proteção dispensada a um e a outro grupo e se a mesma é justificável. Conjugando o fundamento que permite a proteção especial aos grupos vulneráveis com a possível discrepância de proteção entre eles, passa a se questionar se é possível a extensão da proteção legislativa mais desenvolvida de um grupo vulnerável a outro, cuja proteção ainda se encontre no início da proteção teórica jurídica. Restando provado o fundamento hegemônico que permite a proteção de vulneráveis passa-se a um estudo da proteção de cada um dos grupos vulneráveis selecionados pelo estudo, primeiramente por meio do Direito Internacional e em seguida pelo seu impacto no direito interno. Feito isso será estabelecido hipóteses de extensão da proteção do grupo que possui legislação protetiva mais desenvolvida, em nossa pesquisa a mulher, para outros grupos vulneráveis como os idosos, membros da comunidade LGBTI e pessoas com deficiência. Por fim, serão apresentadas críticas ao modelo atual de proteção e hipóteses que julgamos apropriadas para o problema jurídico apresentado.

INTRODUÇÃO

A proteção jurídica baseada em um paradigma de Estado Democrático de Direito deve ser universal de modo a alcançar todos que estejam sob tal jurisdição estatal. Tal proteção tem como alicerce os Direitos Fundamentais positivados em cada constituição de um país.

Em uma perspectiva complementar de proteção, encontram-se os Direitos Humanos, os quais protegem alguém pelo simples fato de ser humano, não condicionando essa proteção a qualquer outro fator. Tal proteção, portanto, deve abarcar uma situação ainda mais universal.

Ambos, Direitos Humanos e Fundamentais, são patamares mínimos de proteção os quais devem ser estendidos a todos da mesma forma possibilitando direitos básicos como a dignidade da pessoa humana, o acesso à justiça e a promoção da igualdade.

Ocorre que tal universalidade teórica, em alguns casos, esbarra em condições fáticas de desigualdade incrustadas no seio de uma sociedade as quais demandam, além da proteção universal, uma proteção especial para que seja possível a fruição dos mesmos direitos citados. Casos com violações específicas de direitos, como o genocídio de minorias políticas, a tortura, a discriminação racial e a de gênero demandaram respostas jurídicas com critérios diferenciados de proteção.

Neste contexto, surgem no Direito Internacional Público, mecanismos de proteção a certos grupos carentes de intervenção jurídica especial para exercer os Direitos Humanos a todos garantidos. Esses grupos, denominados pela doutrina como minorias ou grupos vulneráveis, gozam de regras protetivas próprias, que visem uma proteção a uma desigualdade fática que os privam de algum direito.

O surgimento e evolução dessas regras especiais de proteção seguiram a tendência da proteção de tais grupos em decorrência da característica faticamente discriminadas, tais como se vê na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher e na Convenção sobre os Direitos da Criança.

O impacto de tais instrumentos internacionais na legislação interna brasileira fez com que surgissem leis de proteção a grupos vulneráveis também em decorrência da característica discriminada como a Lei Maria da Penha, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, entre outros.

Dessa forma, o atual paradigma jurídico para a proteção dos grupos vulneráveis encontra-se baseado na característica discriminada. Isso faz com que a proteção provida pelo Estado seja falha no que se refere ao seu caráter homogêneo, pois grupos com vulnerabilidades análogas são protegidos de forma diferente por um mesmo ordenamento.

Cita-se como paradigma trabalhado a proteção da mulher contra violência doméstica ou de gênero, proteção da qual não goza com a mesma intensidade os grupos vulneráveis que serão objetos nesta pesquisa, quais sejam os idosos e a comunidade LGBTI.

No início desta pesquisa, que se deu em Dezembro de 2014 quando foi entregue o projeto de pesquisa à Universidade de Itaúna, o objetivo era tratar apenas dos aspectos protetivos da lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Ocorre que em Março de 2015 entrou em vigor a lei 13.104/15 que funcionou como diploma alterador do Código Penal Brasileiro incluindo uma nova qualificação para o crime de homicídio.

O novel legislativo trazido pela lei do feminicídio, no entanto, criou uma possibilidade a mais para o trabalho de extensão. Ao se nominar quando haverá razões de condição de sexo feminino, além da violência doméstica e familiar, tal lei inclui a proteção deste grupo vulnerável quando há menosprezo ou discriminação à condição de mulher, sendo possível uma nova interpretação para a origem da discriminação.

Além da violência doméstica, agora a proteção se estende também contra a misogenia mesmo quando não há relações domésticas. Tal efeito reflete diretamente no trabalho ora apresentado, o deixando mais rico e denso, na medida em que se pode compreender a vulnerabilidade da mulher mesmo sem considerar a sua relação com o agressor.

Tal fato ampliou o paradigma protetivo utilizado nesta pesquisa e possibilitou a complementação da hipótese tratada, qual seja, se um grupo deve gozar de proteção especial em decorrência de certa vulnerabilidade, outros grupos vulneráveis também devem ser amparados por mesma proteção se sofrerem de vulnerabilidade de igual ou semelhante. Consigna-se que a proteção será contra a violência tanto gerada no ambiente doméstico quanto em decorrência de crime de ódio, desprezo ou discriminação.

Dessa forma, o objeto deste trabalho será analisar as normas jurídicas, de proteção específica a grupos vulneráveis ou de proteção geral, que tenham como finalidade direta ou indireta combater a violência perpetrada contra tais grupos, bem como as normas em que essas são fundamentadas.

O objetivo geral deste trabalho é encontrar em que grau encontra-se essa discrepância de proteção entre grupos com a mesma vulnerabilidade no atual sistema jurídico e propor soluções com o fim de diminuir tal disparidade. Urge-se apontar que a proteção aqui buscada será no sentido de combater a violência contra o grupo vulnerável em razão de sua vulnerabilidade.

Os objetivos específicos a serem enfrentados serão encontrar a razão que decorre de proteção especial decorrente de vulnerabilidade; elaborar um conceito jurídico de grupo vulnerável a fim de ser utilizado para a hipótese suscitada; discutir a possibilidade da

extensão da proteção especial para outro grupo; e, por fim, estabelecer critérios para a possível extensão.

Com o fito de resolver a problemática suscitada, utiliza-se a pesquisa teórica a qual se alicerça em leis, dissertações, teses, revistas, artigos, livros jurídicos de diversos autores, notadamente na área de Direito Internacional, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Hermenêutica Jurídica, Filosofia do Direito, Teoria do Direito, e, ainda, em doutrinas mais específicas sobre o assunto.

A vertente utilizada será a jurídico-dogmática, trabalhando-se as relações normativas sem, contudo, permanecer durante todo o trabalho voltado apenas para o interior do ordenamento jurídico (GUSTIN; DIAS, 2013). O raciocínio a ser desenvolvido será o indutivo, pretendendo-se extrair da proteção específica de um grupo para os demais formando um sistema protetivo homogêneo.

Dessa forma, não se pretende analisar as circunstâncias políticas ou sociais que construíram as normas jurídicas com que irá se trabalhar (pressão popular, movimentos de grupos sociais). Todavia, impreterivelmente será visto a pressão internacional criada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso de criação da Lei Maria da Penha. Isso porque não se trata de influenciadores externos ao direito, mas simplesmente o sistema internacional cobrando do Estado brasileiro uma obrigação estabelecida por meio de Tratados Internacionais. Trata-se, portanto, de dinâmica jurídica e não somente política como influenciadora na criação de normas.

Não se fará análise detalhada sobre a inconstitucionalidade ou não da Lei Maria da Penha, tendo em vista toda a construção científica sobre tal assunto. No entanto as bases de igualdade serão reconstruídas para fins de se entender a proteção especial da proteção dispensada a grupos vulneráveis.

A pesquisa tem seu entorno jurídico internacional e interno de proteção. Ao se referir ao Direito Internacional, entretanto, tratará do Sistema Global de Proteção e do Sistema Regional, restringindo esse ao Sistema Interamericano. Esse recorte se deve ao objetivo do trabalho que será analisar como se dá a proteção dos grupos vulneráveis de uma perspectiva do Estado brasileiro.

No primeiro capítulo será estabelecido um conceito de grupo vulnerável para o trabalho, tendo-se em vista a doutrina internacionalista, normas de heterorregulação e um estudo axiológico do princípio da igualdade. Este conceito terá um viés jurídico científico e tem a pretensão de conter predicados baseados em juízo analítico para melhor demonstrar a essência de um grupo vulnerável com o fim de se aproximar de um conceito universal.

No segundo capítulo será testado o conceito tendo em vista o grupo vulnerável das mulheres, idosos, membros da comunidade LGBTI e crianças e adolescentes. A adoção

destes grupos vulneráveis como objeto de estudo em detrimento de outros será estabelecida no final do primeiro. Também será visto a atual proteção internacional desses grupos vulneráveis para que se possa demonstrar se existe discrepância da proteção dispensada entre cada um deles analisando mecanismos convencionais e não convencionais de proteção. Isso é imprescindível para se constatar a relevância do presente estudo, visto que seu objetivo geral tem o fim de diminuir tal discrepância por meio de uma proteção homogênea dos grupos vulneráveis.

No terceiro capítulo será entendido como o sistema internacional de proteção interfere no sistema interno de um país, bem como quais sistemas específicos de proteção estão em vigor no âmbito interno para a proteção dos grupos vulneráveis escolhidos para estudo sob critério metodológico. Será utilizada a perspectiva interna do Estado brasileiro devido à um corte metodológico geográfico que se faz necessário para a concretização deste trabalho.

No quarto capítulo será enfrentado o problema com o estabelecimento de critérios para a extensão da proteção dispensada de um grupo a outro, com sua possível concretização. Para isso, desenvolve-se uma hipótese de mudança da interpretação da norma jurídica protetiva, bem como uma inspiração para a adequação da linguagem jurídica no momento da feitura da norma pelo legislador. Neste sentido, propõe-se um sistema homogêneo de proteção a grupos vulneráveis baseado em uma interpretação da norma de Direito Internacional como fundamento para os mecanismos protetivos internos. Ainda neste capítulo, serão analisados os mecanismos protetivos contidos nas leis 11.340/06 e 13.104/15 e sua posterior extensão aos grupos estipulados como objeto.

CONCEITO JURÍDICO DE GRUPO VULNERÁVEL

Para bem iniciar os estudos faz-se necessário traçar um conceito que venha a contextualizar para a presente pesquisa o que seja um grupo vulnerável. O conceito ideal buscado é aquele que esgota seu objeto de análise sem, no entanto, ultrapassá-lo. Um conceito que não abarque todas as situações às que se espera torna-se incompleto, sendo que, em outro extremo, um conceito que seja demasiadamente amplo não define seu objeto tornando-se, gnoseologicamente inútil.

Por se tratar de pesquisa de cunho jurídico é necessário que esteja em pertinência com as fontes do Direito. Contudo, não há pretensões no sentido de excluir outras ciências humanas em um caráter purista do direito.

Não se descarta a hipótese de impossibilidade de se obter tal conceito haja vista os limites da linguagem e seus correspondentes fáticos, mas caso isso ocorra há que se repensar a viabilidade da pesquisa apresentada. Isso porque o problema da pesquisa ora construída se baseia na possibilidade de extensão da proteção de um grupo vulnerável a outro ou outros com as mesmas características ou vulnerabilidades. Se não for possível teorizar um conceito que una os objetos que serão comparados, isso é o grupo vulnerável protegido e aquele a quem deve se estender a proteção, o problema deve ser revisto devendo a pergunta central ser refeita.

Porém, seria possível teorizar um conceito jurídico abrangente e que limitasse seu objeto - como se imagina antes de qualquer investigação – para a partir daí prosseguir a pesquisa em busca da pergunta principal. Há que se cuidar bem, portanto, da contextualização teórica da pesquisa, pois já que desta depende a confirmação da hipótese formulada de modo que aquela não se torne enviesada.

ESTADO DA ARTE NA DOUTRINA INTERNACIONALISTA E O TEMA OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

Não há, no direito internacional ou interno, conceito positivado de Grupo Vulnerável sendo, portanto, papel da doutrina fazê-lo. Nada obstante, vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos tem como objetivo claro a proteção especial de um grupo em situação de vulnerabilidade, tais como Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, entre outros.

Legislações internas, tais como o Código de Defesa do Consumidor, Lei 11.340/06, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente etc. também protegem de forma especial alguns grupos de pessoas, tidos como vulneráveis, sem, no entanto, conceituar a que se deve esta vulnerabilidade, ou qual característica este grupo possui para tanto.

A definição de grupo vulnerável dada por Mazzuoli (2015) passa pela definição e pela distinção desse conceito e do conceito de minoria. O autor se utiliza da definição de minoria dada por Appio que expõe o conceito de minorias segundo precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos para quem:

> Minorias são grupos de pessoas que não têm a mesma representação política que os demais cidadãos de um Estado ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por guardarem entre si características essenciais à sua personalidade que demarcam a sua singularidade no meio social (MAZZUOLI, 2015, p. 259).

Percebe-se que o sentido de minoria utilizado, não é de minoria numérica ou de menor número de pessoas, mas de pessoas que em razão desta minoria tem uma representação política dentro da comunidade. Não faria sentido, por exemplo, desenvolver proteção para uma minoria de banqueiros, ou a minoria de bilionários residentes em um país. Isso porque os fatores que determinam essa minoria são privilégios econômicos, sociais e políticos.

Cabe a observação de Dworkin (2005. p. 160) quanto à igualdade de recursos como a possibilidade de uma igualdade distributiva:

> A igualdade de recursos [...] oferece uma definição de igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenados no qual as pessoas que assumem responsabilidades por suas próprias aspirações e projetos, e que aceitam como parte dessa responsabilidade que pertencem a uma comunidade de iguais considerações, possam identificar os verdadeiros preços de seus planos para as outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem somente sua justa parcela dos recursos em princípio disponível para todos. Se uma sociedade real vai aproximar-se da igualdade de recursos depende, então, da adequação do processo de discussão e escolha que oferece a essa finalidade. É necessário um grau substancial de liberdade para que tal processo seja adequado, pois o verdadeiro preço para outrem de uma pessoa ter algum recurso ou oportunidade só pode ser descoberto quando as aspirações e as convicções das pessoas são autênticas e suas opções e decisões bem-adaptadas a essas aspirações e convicções. Nada disso é possível sem ampla liberdade. Portanto, a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que realmente as pessoas dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe deem ou não mais valor do que a todo o resto, é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja

> definida e garantida. Isso não transforma a liberdade em instrumento da igualdade distributiva mais do que este em instrumento da liberdade: as ideias, pelo contrário, se fundem em uma tese mais completa sobre quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração.

Em razão disso, entende-se que estamos falando de minorias vulneráveis, ou minorias com vulnerabilidade em decorrência desta baixa ou nenhuma representatividade, não de minorias com maiores recursos econômicos ou políticos.

Ao definir Grupos vulneráveis, Mazzuoli utiliza um conceito excludente e cita a definição de Anjos Filho:

> Grupos vulneráveis, por sua vez são coletividades mais amplas de pessoas que, apesar de não pertencerem propriamente às "minorias", eis que não possuidoras de uma identidade coletiva específica, necessitam, não obstante, de proteção especial em razão de sua fragilidade ou indefensabilidade (MAZZUOLI, 2015, p. 259).

Essa diferenciação entre Minorias e Grupos Vulneráveis tem como finalidade de conceituar de forma mais abrangente o objeto trabalhado, porém, para fins de proteção de direitos, são, para essa definição, ontologicamente idênticos. Sendo certo que o primeiro grupo, das Minorias com vulnerabilidade, estaria contido no segundo.

Podemos entender os grupos vulneráveis *lato senso* como a soma do conceito de minorias e dos grupos vulneráveis *stricto senso*. Dessa forma, a contribuição maior desta bipartição seria explicar a essência de parte dos grupos vulneráveis, quais sejam as minorias, que se encontram em vulnerabilidade em decorrência da baixa representatividade política.

Tais minorias encontram-se protegidas no âmbito internacional pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 27º[1].

Feita esta definição, note-se que parte do objeto deste capítulo foi também buscado por Lima e Mata Diz (2015, p. 574), ao se pesquisar os direitos das minorias em conflitos armados, para quem a falta de definição jurídica e a imprecisão jurídica refletem a falta de atenção dispensada às minorias pela ciência jurídica:

> A importância do fenômeno das minorias é de fácil demonstração. Na maior parte dos estados da sociedade internacional atual se pode apreciar a existência de minorias nacionais, étnicas, linguísticas, culturais ou religiosa. Se trata, portanto, de uma realidade consubstancial com as caraterísticas dos Estados contemporâneos, precisamente porque forma parte dos próprios processo políticos e sociológicos mediante os quais estes se constituíram historicamente durante os últimos três séculos.[2]

1. Nos Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de utilizar a sua própria língua.
2. La importancia del fenómeno de las minorías es de fácil demostración. En la mayor parte de Estados de la sociedad internacional actual se puede apreciar la existencia de minorías nacionales, étnicas, lingüísticas, culturales o religiosa.

> No entanto, a importância intrínseca do fenómeno das minorias difere abertamente com a ***insegurança jurídica*** vigente e a ***imprecisão política*** imperantes ao proceder uma distinção clara entre as comunidades que devem ser considerados como minorias e outras que não são. Com isso demonstra se demonstra, objetivamente, a ***escassa atenção*** que as minorias receberam no campo da ciência jurídica, às vezes excessivamente dominada pela perspectiva imbricada na imobilidade legal. (Tradução nossa)[3]

O estudo feito pelas autoras abrange minorias nacionais, étnicas, linguísticas, culturais e religiosas.

As autoras citam Cervera (1998) o qual propõe um conceito enumerando três características a serem consideradas em grupos formados por minorias:

I) Vinculação estatal: as minorias não o são por si, mas em relação a dado Estado. Um grupo que é minoria em um Estado pode deixar de sê-lo, se feita uma modificação substantiva nos elementos essenciais deste Estado. (LIMA; MATA DIZ, 2015)

> As mudanças de fronteiras, migração, modificações na Constituição, as transições dos políticos para outros regimes, são algumas das muitas circunstâncias que afetam diretamente as condições nas quais surjam ou permaneçam as minorias nos Estados. Neste ponto, há a questão das chamadas minorias nacionais e a respectiva relação com o Estado-matriz, ou seja, aquele Estado que abriga grupos de indivíduos que são conectados por laços linguísticos, culturais, políticos, distintos daqueles expressos por outros indivíduos que pertencem a este Estado (LIMA; MATA DIZ, 2015, p. 575).[4]

II) Base demográfica: as minorias se constituem em coletividades destacadas do seio da população de um estado, razão pela qual apresentam uma dinâmica demográfica independente, podendo, porém, coincidir com o resto da sociedade. As taxas de crescimento demográfico ou de mobilidade migratória da população minoritária produzirão consequências sociais políticas e econômicas que, em médio prazo alterarão a estrutura do Estado e ocasionalmente de países vizinhos. (LIMA; MATA DIZ, 2015)

III) Identidade coletiva diferenciada: as minorias têm uma identidade coletiva divergente daquela existente no resto da sociedade. Tal identidade é construída pela soma de uma consciência coletiva e elemento objetivo, como o fato de pertencerem a uma mesma raça ou etnia; praticarem uma mesma religião; o uso da mesma

---

Se trata, por tanto, de una realidad consustancial con las características de los Estados contemporáneos, precisamente porque forma parte de los propios procesos políticos y sociológicos mediante los cuales estos se constituyeron históricamente durante los últimos tres siglos.

3. Sin embargo, la importancia intrínseca del fenómeno de las minorías difiere abiertamente con la *indefinición jurídica* y la *imprecisión política* imperantes a la hora de proceder a una clara distinción entre las colectividades que deben ser consideradas como minorías de aquellas otras que no lo son. Con ello se demuestra, de manera objetiva, la *escasa atención* que las minorías recibieron en el ámbito de la ciencia jurídica, en algunas ocasiones, excesivamente dominada por la perspectiva imbricada en el inmovilismo jurídico. (Grifo nosso)

4. Los cambios de fronteras, los movimientos migratorios, las modificaciones constitucionales, las transiciones de unos regímenes políticos a otros, son algunas de las tantas circunstancias que afectan directamente las condiciones en las cuáles surgen o actúan las minorías de los Estados. En este punto, cabe mencionar la cuestión de las llamadas minorías nacionales y la respectiva relación con el Estado-matriz, es decir, aquel Estado que abriga grupos de individuos que se conectan por lazos lingüísticos, culturales, políticos, distintos de aquellos manifestados por los otros individuos pertenecientes a este Estado (LIMA; MATA DIZ, 2015, p.575).

língua; a participação em uma mesma história singular ou mesmo a conjunção dessas características. (LIMA; MATA DIZ, 2015)

As autoras destacam as características demonstradas por Maia, a partir do estudo de Wagley y Harris:

> i) são segmentos subordinados de sociedades estatais complexas; ii) as minorias tem traços físicos ou culturais específicos que são tomados em pouca consideração pelo segmento dominante da sociedade; iii) as minorias são unidades autoconscientes conectadas por traços específicos que seus membros dividem e pelas restrições que tais traços produzem; iv) a qualidade de membro de uma minoria é transmitida por regra de descendência a qual é capaz de filiar gerações sucessivas mesmo com a ausência de traços físicos ou culturais aparentes; v) os povos minoritários, por eleição ou necessidade, tendem a casar dentro do grupo (em especial as minorias étnicas). (LIMA; MATA DIZ, 2015, p.575, tradução nossa)[5]

A principal característica é acrescentada pelas autoras: "[...] a vulnerabilidade social, [...] situação esta que deve ser coibida mediante a criação de instrumentos jurídicos pertinentes e específicos que possibilite a esta minoria viver com dignidade e igualdade, sem maiores obstáculos e/ou discriminações." (LIMA; MATA DIZ, 2015, p. 575, tradução nossa)[6]

Note-se que as características apontadas por Cervera (1998, *apud* LIMA; MATA DIZ, 2015) não se vale da vulnerabilidade sendo o complemento das autoras primordial para a definição buscada neste trabalho. Isso porque, ao se buscar um conceito de minoria, pretende-se aqui utilizar como base para a posterior definição de grupo vulnerável consubstanciado na relação gênero/espécie entre este e aquele.

A definição de minorias engloba critérios subjetivos e objetivos colocados pela doutrina e jurisprudência. Os critérios subjetivos são obtidos a partir da referência de um sujeito pertencente a uma minoria, como exemplo: a identidade comum ao membros e diferenciada em relação à maioria. Os critérios objetivos são colocados a partir da quantificação e da submissão ao Estado, como um número reduzido de indivíduos que se contrastam do grupo majoritário no âmbito dos fundamentos da própria existência das minorias. Ocorre que ambos os critérios não chegam a posições convergentes, dificultando ainda mais a criação de uma definição uniforme (LIMA; MATA DIZ, 2015).

As autoras terminam por concluir que, embora não haja uma definição explícita

---

5. i) son segmentos subordinados de sociedades estatales complejas; ii) las minorías tienen rasgos físicos o culturales especiales que son tomados en poca consideración por el segmento dominante de la sociedad; iii) las minorías son unidades autoconscientes conectadas por los rasgos especiales que sus miembros dividen y por las restricciones que los mismos producen; iv) la calidad de miembro de una minoría es transmitida por la regla de descendencia la cual es capaz de filiar generaciones sucesivas aún en la ausencia de aparentes rasgos físicos o culturales; v) los pueblos minoritarios, por elección o necesidad, tienden a casarse dentro del grupo (en especial las minorías étnicas) (LIMA; DIZ, 2015, p. 575).

6. la vulnerabilidad social, [...] situación ésta que debe cohibirse mediante la creación de instrumentos jurídicos pertinentes y específicos que posibilite a esta minoría vivir con dignidad e igualdad, sin mayores obstáculos y/o discriminaciones (LIMA; DIZ, 2015, p.575).

e universalmente aceita, é inegável a necessidade de criar instrumentos jurídicos que coíbam as discriminações contra os grupos minoritários pois se tratam de uma questão de congruência, de consistência e legitimidade (LIMA; MATA DIZ, 2015).

Em outra linha, Flávia Piovesan (2013) parte das característica da historicidade e da universalidade dos direitos humanos para traçar aspectos intrínsecos aos grupos com vulnerabilidade. Sua análise, no que tange à historicidade, se desdobra no conjunto denominado Sistema Especial de Proteção o qual tem o condão de prevenir a discriminação e promover a proteção de grupos de pessoas particularmente vulneráveis, sendo a elas dispensadas uma tutela especial de direitos.

Para a autora, os tratados de Direitos Humanos usados como exemplo no início deste capítulo compõem o Sistema Especial de Proteção, pois neles se considera o indivíduo "especificado" considerando categorizações relativas a gênero, idade, etnia, raça, entre outros, diferenciando assim do Sistema Geral de Proteção.

Flávia Piovesan não faz a diferenciação entre Grupos Vulneráveis e Minorias, partindo de um conceito histórico o que se desdobra na percepção ética de alguém perante seu semelhante.

> Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do "eu versus o outro", em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o "outro" como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável e supérfluo. Nesta direção, merecem destaque as violações da escravidão, do nazismo, do sexismo, do racismo, da homofobia, da xenofobia e de outras práticas de intolerância (PIOVESAN, 2012, p.72).

A essência do grupo vulnerável trazido por Piovesan (2013), em decorrência da universalidade e da historicidade se traduzem em um contexto histórico-cultural que ajuda na construção do conceito buscado na medida em que, além de exemplificar as práticas que devem ser combatidas, traz o elemento fundamental da proteção aos direitos humanos, qual seja, a dignidade.

A dignidade da pessoa humana pode ser interpretada como o fundamento ético basilar da proteção dos direitos humanos, podendo ser encontrado tanto nos Tratados Internacionais quanto na Constituição da República Federativa do Brasil. Essa característica, a dignidade, universaliza os seres humanos, pois, sendo todos igualmente dignos, devem ter uma mesma proteção.

Ocorre que nos grupos em que historicamente vêm sendo negados direitos inerentes à dignidade humana faz-se necessário uma proteção diferenciada, não com o fito de trazer vantagens em razão de gênero, raça, idade ou status econômico, mas sim de proporcionar

um patamar mínimo de igualdade para esses grupos.

Em outra obra, Piovesan (2009) acrescenta que os grupos de pessoas que eram tidas como diferentes ou como “o outro” eram tratados não por seres humanos mas como “objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo).

No mesmo sentido, Lima e Mata Diz (2015) concluem após debates e discussões, que o único critério e/ou fator que tem uma gama de vocação mais universal é o reconhecimento de que a constatação de minoria se dá pela posição não dominante dentro de um conjunto de indivíduos, isto é, pela consideração do outro a partir da sua diferença.

Importa destacar que o pensamento do “eu *versus* o outro” citado pela autora ainda hoje incita discursos desumanizadores por parte da população que acredita na frase “bandido bom é bandido morto” ou “direitos humanos são para humanos direitos”. O bandido é sempre o outro, aquele que não precisa ser tratado com humanidade.

Esse aspecto histórico tem fundamento no temor à diferença, que segundo a autora foi a base da igualdade formal: “O temor à diferença é fator que permite compreender a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral e abstrata, com base na igualdade formal” (PIOVESAN, 2012, p.73).

Ainda no que se diz respeito à história e seu papel de proteção dos Direitos Humanos na sociedade, mister consignar as lições de Perrone-Moisés (2009, p. 275):

> O conhecimento de sua história pertence ao patrimônio comum de cada povo e, a memória coletiva sendo socialmente construída, deve ser garantida e protegida por essa mesma sociedade. A memória é um bem comum, um dever jurídico, moral e político. Como sabemos, existem duas formas de esquecimento: aquela gerada pela história oficial, mas também aquela mantida pela memória coletiva. Muitas vezes como lembra Arendt, é a própria sociedade que transforma em segredo fatos que são conhecidos do público.

Partindo do conceito histórico, Piovesan (2008, p. 18) descreve a baixa representatividade política da mulher:

> Embora as mulheres sejam mais da metade da população nacional, sua representatividade nos quadros dos Poderes Públicos e nas demais instâncias decisórias está muito aquém dos 50%, alcançando, no máximo, o percentual de 12% (no caso do Legislativo).
>
> A reduzida participação de mulheres nos postos decisórios traduz a dicotomia entre os espaços público e privado, que acaba por condicionar o exercício de seus direitos mais fundamentais. Se ao longo da história atribuiu-se às mulheres o domínio do privado, a esfera doméstica da casa e da família, gradativamente testemunha-se a reinvenção dos espaços público e privado. Constata-se a crescente democratização do espaço público, mediante a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais. Contudo, resta o desafio da democratização do espaço privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do

espaço público.

O exemplo dado em relação à mulher pode ser estendido por meio indutivo para todos os outros grupos vulneráveis. Alguém que se sujeita a uma ordem política sem ter nela representatividade, não consegue que seus pleitos sejam ouvidos. Dessa forma, se há algum atentado a seus direitos humanos ou fundamentais, não há como ter sua proteção assegurada no sistema político. Suprimindo essa esfera de proteção, temos uma possível vulnerabilidade presumida.

Os diplomas normativos, criados pelo sistema político, geralmente beneficiam àqueles que possuam nele representatividade. Isso provavelmente interfere na esfera jurídica de proteção. Se isso ocorre, tem-se um grupo vulnerável.

Para Lima e Mata Diz (2015) a vulnerabilidade resulta em uma escassa ou quase nula participação no processo de tomada de decisões, seja através da participação política ou em outros grupos sociais existentes (organizações sociais e religiosas).

Em uma terceira via, Ramos (2014), ao comentar a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, também utiliza-se do vocábulo minorias inclusive as diferenciando de grupos vulneráveis exemplificados como trabalhadores urbanos e povos indígenas. “Declara-se também a importância de se promoverem e protegerem os direitos das minorias (item 19), *dos grupos vulneráveis, como os trabalhadores migrantes* (item 24) *e dos povos indígenas* (item 20)”.

Com este terceiro autor ainda se enriquece o conceito do nosso objeto com perguntas indagadas a respeito de uma problemática, para o autor ainda aberto, sobre ser universal na adversidade. Desta forma, apresenta cinco argumentos contrários à universalidade dos Direitos Humanos para serem trabalhados e posteriormente desconstruídos, a saber: i) argumento filosófico; ii) argumento da falta de adesão pelos estados; iii) argumento geopolítico; iv) argumento cultural; v) argumento desenvolvimentista. Para ajudar na formação de nosso conceito serão utilizados, por entender que são análogos ao objeto ora estudado, dois dos argumentos trazidos pelo autor, um de caráter filosófico e um cultural. (RAMOS, 2013).

O argumento de cunho filosófico, segundo o qual há diversas percepções valorativas no mundo, sendo possível concluir que nada pode ser universal. O autor ainda demonstra o pensamento de Raimundo Pannikar para quem “[...] o conceito de direitos humanos é fundado na visão antropocêntrica do mundo, desvinculada da visão cosmoteológica que ainda predomina em algumas culturas, o que contraria a sua alegada universalidade” (RAMOS, 2013, p.164).

Em complemento, o argumento cultural se baliza nas diferentes relações do homem e sua comunidade principalmente nas diferenças entre a cultura ocidental, africana e

asiática. Neste ponto é apontada diferenças entre a concepção e a ideia de propriedade da terra, utilização coletiva ou individual de recursos entre outros.

O autor utiliza novamente os estudos de Raimundo Pannikar para exemplificar que "[...] de acordo com a abordagem hindu, direitos humanos não pertencem somente a indivíduos (referindo-se à faceta comunitária vista acima) e não devem ser considerados de forma absoluta e sem deveres correlatos" (RAMOS, 2013, p.165).

Ainda nessa esfera é apresentada outra objeção cultural qual seja a de que os Direitos Humanos tenham um paradigma voltado exclusivamente para a cultura ocidental. Ramos (2013) cita o embaixador brasileiro Alves que em discurso na Conferência Mundial de Viena, relatou que algumas delegações de Estados afirmaram em plenário e nas discussões de trabalho que a Conferência "correspondia a uma tentativa de imposição de valores ocidentais sobre o resto do mundo".

Estes argumentos, tanto o filosófico quanto o cultural também são utilizados para a discriminação de Grupos Vulneráveis e para barrar sua ascensão política e social como a cultura de submissão das mulheres trazidas por diversas religiões. Exatamente por esse motivo, interessa ver as soluções encontradas pelo autor para estes questionamentos.

Para contestar o argumento de cunho filosófico de que não seria possível uma universalidade, Ramos cita o autor indiano Shashi Tharoor, especialista de direitos humanos, para o qual "[...] é razoável afirmar que conceitos de justiça e Direito, legitimidade do governo, dignidade do ser humano, proteção contra a opressão ou arbítrio, participação na vida da comunidade, são encontrados em qualquer sociedade" (RAMOS, 2013, p.166).

Ou seja, existe uma contraposição do argumento de que nada seria universalizável com uma suposição de que alguns conceitos, tais como: Justiça; Direito; Legitimidade do Governo; Dignidade do ser humano; seriam sim possíveis de ser universalizados posto que são encontrados em qualquer sociedade. Esta contraposição é ainda concretizada pelo seguinte argumento:

> [...] a teoria geral dos direitos humanos não pretende ser uma cosmovisão ou abranger todas as facetas da vida social. Os direitos humanos não oferecem ritos ou símbolos: são conceitos jurídico-normativos, que estabelecem o ethos de liberdade no regramento da vida em sociedade, não competindo nem servindo como substitutos às convicções religiosas (RAMOS, 2013, p.168).

Neste contexto, os direitos humanos são patamares mínimos de observância para que as pessoas possam viver dignamente e com liberdade apesar da situação desigual em que se vive por toda parte do mundo.

Em um mundo extremamente complexo onde há várias pessoas convivendo juntas em estados interdependentes, dentro dos quais apresentam diferentes culturas e pensamentos cabe a um sistema neutro, guardião da igualdade, criar diretrizes para

estabelecer a paz e restaurar a convivência entre os povos.

Concluímos que o sistema jurídico deve ser este guardião embasados na pesquisa de Carneiro (2011, p. 179):

> De qualquer sorte, desde que conscientes do fato de não ser o direito um fenômeno originário, podemos ainda apostar em sua manutenção como um padrão regulatório para os conflitos intersubjetivos. Trata-se de uma opção condicionada por um momento histórico e está diretamente relacionada com a democracia. Necessitamos do direito como um subsistema social funcionalmente diferenciado porque, em uma sociedade complexa, essa diferenciação é necessária para assegurar que as decisões políticas sejam legitimadas pelo direito – a exemplo do que propõe Habermas – e, ao mesmo tempo, sirve como proteção ***contramajoritária***, impedindo que os processos democráticos se transformem na ditadura de uma maioria quantitativa. Para Lenio Streck, a autonomia do direito é "o grande ponto de contato – poderíamos dizer tranteorético – que une as propostas de Canotilho, de Ferrajoli, da Hermenêutica, de Dworkin e Habermas", podendo acrescentar a essa lista a matriz sitêmica luhmanniana que vê na autonomia do direito a condição de possibilidade para a própria observação do sistema. (Grifos no original)

Mesmo que o Direito, não sendo diferente o Direito Internacional, pode ser influenciado pelos sistemas político e econômico, dado seu modo de criação e aplicação. Ainda assim o momento histórico o elege como sendo o mais neutro e, por tanto, legítimo guardião da igualdade.

A PRODUÇÃO NORMATIVA BASEADA NA HETERORREGULAÇÃO: A DEFINIÇÃO A PARTIR DE STANDARDS NÃO NORMATIVOS

Sobre as fontes da produção do conhecimento jurídico ponderam Miracy B. S. Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2013) que há uma confusão feita por vários autores entre as fontes de produção e fontes do Direito, restringindo aquelas a estas. Ou seja, entende-se erroneamente que apenas devem ser fontes de pesquisa jurídica as legislações, a doutrina, as obras de Direito de todas as espécies, bem como aforismos e objetos jurídicos, como costumes e condutas.

As autoras, entretanto, encorajam o pesquisador a lançar mão de outras fontes obtidas por meio direto (como entrevistas) ou dados interdisciplinares vindo de outras áreas do conhecimento.

Ao pesquisar sobre fontes e normas do Direito Internacional, Nasser (2006, p.23) propõe duas visões sobre o assunto:

> a resposta teórica que se pode dar a esta realidade depende da concepção que se tenha do direito. Se adotada uma visão mais estreita e tradicional, ao reconhecer as novas tendências, dir-se-á que estamos diante novas formas de regulação que não são nem precisam ser jurídicas. Se o que se pretende é fazer com que estas sejam consideradas parte integrante do direito, ter-se-á

que esticá-lo para muito além de seus contornos habituais.

Atento aos ensinamentos e ainda buscando um conceito para Grupos Vulneráveis, foi buscada a Norma da ABNT NBR ISO 26000:2010 que dispõe sobre as Diretrizes da Responsabilidade Social no Brasil que se dá por meio de heterorregulação, visto que operada por órgãos exteriores a atividade legislativa.

Neste sentido a Associação Brasileira de Normas Técnicas no documento citado em seu item 2.26 define grupo vulnerável como: "[...] grupo de indivíduos que compartilham uma ou várias características que são a base para discriminação ou circunstâncias adversas sociais, econômicas, culturais, políticas ou de saúde, e que os priva de meios para gozar seus direitos ou igualdade de oportunidades" (ABNT, 2010).

Essa definição técnica se encaixa no enfoque jurídico-científico pretendido ao conceituar o objeto sem extrapolar sua definição. No entanto, deve-se ater que a norma técnica carece de certa precisão para o uso jurídico-científico.

Tal se dá porque quando se fala em características que são base para discriminação ou circunstâncias adversas, devemos entender em um contexto social não pessoal. Deve-se entender que a característica deve ser decorrente de um contexto histórico-cultural de discriminação como nos casos raciais. Ou mesmo uma característica que causa cerceamento de direitos como no caso religioso dos Judeus na Alemanha da década de 1930. Ou ainda uma característica que, de uma forma não racional, proíbe que um grupo de pessoas se prive de direitos fundamentais como as mulheres que eram proibidas de votar até o Código Eleitoral Provisório de 1932.

O ônus de um conceito amplo é que a delimitação do objeto fica a cargo de conceitos filosófico-jurídicos externos, o que não é de todo o mal, mas esta complementação se faz tão necessária quanto a busca do conceito.

Tendo em vista esta necessidade, ainda no conceito dado pela norma técnica, seu final disserta sobre "direitos ou igualdades de oportunidades", o que merece atenção tanto no campo de quais direitos mínimos devem ser garantidos e qual é o conceito de igualdade que deveremos tomar nesta definição.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO PREMISSA NA BUSCA DE UM CONCEITO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

Ao falarmos de Igualdade estamos diante de um Princípio, que segundo Robert Alexy (2011), trata-se de um tipo de norma, que juntamente com as regras, constituem-se de um mandamento deôntico, ou seja, encontram-se no mundo do dever ser. Neste ponto Alexy (2011, p. 87) ensina que:

> Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Há ainda a defesa de que regras devem prevalecer sobre princípios. Esta problemática pode ser compreendida e solucionada por meio de Alexy (2011, p. 90) para quem a distinção entre regras e princípios *é uma distinção qualitativa, sendo que ambas devem ser respeitadas como normas que são. Neste ponto vejamos:*

> Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, ***mandamentos de otimização***, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
>
> Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, ***determinações*** no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. (Grifos no original)

Essa distinção entre regra e princípio encontra recepção no cenário doutrinário uma vez que objetiva obter respostas racionalmente fundadas a respeito de questões vinculadas aos direitos fundamentais. Não se considerando o sistema jurídico hermético, há uma intrínseca abertura ao sistema da moral, porém com fundamentações racionais.

Não nos causa estranheza, que uma vez considerando os princípios como *mandamentos de otimização*, torna-se aceitável o descumprimento parcial de um princípio. Porém, faz-se mister consignar, por oportuno, o ensinamento de Bandeira de Mello (1981, p. 88), para quem:

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Sendo o princípio que dá validade a norma, existindo contradição, incabível admitir a validade da regra, não podendo esta ser considerado um preceito jurídico aplicável.

A partir dessa compreensão de princípio como *mandamento de otimização* pode-se traçar a pré-compreensão do princípio da igualdade no ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da igualdade encontra-se expresso na Constituição brasileira (1988) no *caput* de seu artigo 5°, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A expressão “perante a lei”, em uma interpretação literal ou positivista pura, pode se levar ao falso entendimento que este princípio não vincularia o legislador sendo adstrito aos órgãos judiciais e demais aplicadores do Direito.

Tal questão é pacífica no constitucionalismo pátrio, visto que o legislador infraconstitucional tem o dever de observar a constituição como fundamento para todo ato legislativo. No entanto, sempre interessante deixar claro o que foi citado por Alexy (2011) ao comentar a Jurisprudência alemã de seu Tribunal Constitucional Federal de que o dever de igualdade de ser visto tanto na *aplicação* quanto na criação do *direito*.

Por tanto, se é dever do legislador respeitar a igualdade na elaboração legislativa, o conceito de igualdade não deve ser proveniente de uma regra legislativa, mas de algo anterior.

Para responder à pergunta: o que significa dizer que o legislador deve tratar todos com igualdade? Alexy (2011) segue dois caminhos.

Primeiramente o autor explica o que não significa, por exemplo: dizendo que não significa que o legislador deve estabelecer o serviço militar para todos, mas apenas para adultos, nunca para crianças; penas apenas para todos, não apenas para quem comete crimes; bem como impostos *per capta*, sem nenhuma distinção de renda (ALEXY, 2011).

O autor reverbera com razão que um enunciado geral de igualdade seria provavelmente impossível e certamente indesejável.

A segunda resposta dada por Alexy parte do adágio “[...] o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente” elaborando sua fórmula para igualdade: “para todo *x*, se *x* tem as propriedades *E*, *E2*, ... *En*, então, para *x* deve valer a consequência jurídica *R*” (ALEXY, 2011, p. 399).

Outro adágio, este em latim, que transcreve a fórmula do autor é *ubi eaden ratio ibi eaden jus* (onde houver a mesma razão haverá o mesmo direito), o que significa dizer que se alguém deve ser tratado diferente pelo direito por ter alguma característica, aqueles que apresentam a mesma característica devem ter o mesmo tratamento divergente, seja este melhor ou pior que o tratamento normalmente dado a todos os outros.

Este seria o princípio da igualdade vista de um prisma material de tratar o desigual, desigualmente na medida de sua desigualdade. O termo utilizado para identificar a igualdade material, a partir da superação da igualdade formal erigida no Estado Liberal seria o princípio da isonomia. O princípio da isonomia, que reconhece as particularidades de um grupo vulnerável, passa a ser efetivado, com o advento do Estado Social, na compreensão da ‘igualdade à diferença’ (CRUZ, 2003).

Há que se atentar que esta vinculação de tratar "o igual igualmente; o desigual, desigualmente", não se faz como exigência formal para a lógica das normas, porém apenas ao seu conteúdo. As características devem ser valorativas e dadas por meio de racionalidade. Equivale pegar a definição dada alhures pela Norma da ABNT NBR ISO 26000:2010 de grupos vulneráveis "[...] grupo de indivíduos que compartilham uma ou várias características que são a base para discriminação ou circunstâncias adversas..." (ABNT, 2010) e questionar: quais características devem ser relevantes?

Ora, a proteção deve vir exatamente quando, sem o Direito, o grupo se encontra em um patamar inferior de igualdade, não lhe sendo assegurado a isonomia perante os demais justamente em virtude de sua vulnerabilidade.

O raciocínio de Alexy (2011) vai além ao demonstrar que os juízos quanto à igualdade ou não de um grupo deve se dar a partir de uma igualdade *fática parcial*, ou seja, apenas algumas características devem ser comparadas entre diversos grupos. O exemplo dado é o do marinheiro e do bancário. Cada um com sua profissão diferente, mas ambos podem ser punidos por furto. Isso ocorre porque não existem dois indivíduos exatamente iguais. Não há como prever, nas palavras de Alexy (2011), uma igualdade ou desigualdade fática universal.

Por outro lado, imaginem uma situação onde um adulto e um adolescente em que ambos cometeram furto. É cediço que a consequência jurídica para cada um será diferente. Sendo assim, o que determina qual intervenção estatal será condizente não é o fato em si (furto), mas o contexto em que está inserido cada um dos agentes.

O autor então propõe uma condição para a aplicação de sua fórmula em que as propriedades a serem consideradas sejam feitos por meio de um juízo valorativo. Neste sentido:

> Como não existe uma igualdade ou uma desigualdade em relação a todos os aspectos (igualdade/desigualdade fática universal) entre indivíduos e situações humanas, e visto que uma igualdade (desigualdade) fática parcial em relação a algum aspecto qualquer não é suficiente como condição de aplicação da fórmula, então, ela só pode dizer respeito a uma coisa: à igualdade e à desigualdade ***valorativa*** (ALEXY 2011, p. 400).

O autor então levanta duas questões acerca do problema relativo à valoração:

> Assim, a igualdade material leva, necessariamente, à questão da valoração correta, racional ou justa. Isso torna claro o principal problema do enunciado geral de igualdade. Ele pode ser expresso por meio de duas questões intimamente relacionadas. A primeira: se e em que medida os necessários juízos de valor no âmbito do enunciado de igualdade são passíveis de fundamentação racional; a segunda: no sistema jurídico, a quem compete – ao legislador ou ao juiz constitucional – decidir de forma vinculante em última instância acerca desses juízos de valor (ALEXY, 2011, p. 400).

Separando os problemas apresentados temos que o primeiro diz respeito à teoria da fundamentação racional dos valores, descobrindo se e até quando é possível a racionalização de conceitos tais como a igualdade material; enquanto o segundo encontra-se baseado na questão do ativismo judicial e se a interpretação das leis pelos juízes deve ultrapassar a esfera proposta pelo legislador.

Quanto ao primeiro problema, tentaremos explorar neste capítulo, enquanto o segundo será exposto no fim desta pesquisa, visto se tratar de objetivo do trabalho (entender se é possível proteção extensiva de um grupo vulnerável a outro).

O ponto que se parte para uma racionalização do princípio da igualdade não é outro senão a realidade fática. Um grupo de pessoas, ou mesmo um indivíduo, que tem um de seus direitos fundamentais tolhidos em razão de uma característica, deve ter a proteção legal, não para se obter vantagem, mas para se fazer igual perante os demais. Em outras palavras, tratar desiguais desigualmente até que lhes sejam garantidos o exercício de direitos fundamentais.

Neste diapasão, vale trazer a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão trazida por Alexy (2011, p. 416) em seu livro para exemplificar o raciocínio:

> Para esclarecer essa diferenciação, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre assistência judiciária gratuita é particularmente adequada. Em um julgado mais antigo tratava-se de decidir se a não-garantia de assistência judiciária gratuita para um determinado procedimento judicial seria, a despeito da exigência da presença de um advogado, contrária ao art.3°, 1°, da Constituição alemã. De acordo com a compreensão relacionada a atos, os necessitados e os não-necessitados são tratados não de forma desigual, mas igual, já que a vantagem da assistência judiciária gratuita é recusada a ambos da mesma forma. Pode-se dizer, na esteira de uma terminologia bastante difundida, que ambos foram tratados de forma ***juridicamente*** igual. (Grifos no original)

Ou seja, a desigualdade fática, produz uma proteção jurídica e torna pessoas vulneráveis *juridicamente* iguais a outras, como no caso exposto de pessoas necessitados que possuem direito à assistência judiciária gratuita.

Pode-se então concluir que com o fim de se obter uma igualdade fática entre as pessoas trata-se de aceitar um tratamento desigual pelo direito, ou nas palavras de Alexy: "Quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica" (ALEXY, 2011, p. 417).

Interessante, pois, ressaltar o entendimento do Pretório Excelso, proclamado em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3305 / DF, 2006) julgada improcedente de Relatoria do Ministro Eros Grau:

> A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos

diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

Será então analisado quando o direito deverá promover a desigualdade jurídica para se alcançar uma igualdade fática.

FATORES DE *DISCRIMEN*: QUANDO A LEI DEVERÁ DISCRIMINAR

Para então mantermos uma igualdade material, haverá situações em que o direito posto deverá prever consequências jurídicas diferentes para determinados grupos.

Neste sentido, Bandeira de Mello elabora seu Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade e propõe que deve haver um fator de *discrimen* que deve ser observado e estabelece critérios para identificar quando a isonomia é quebrada (BANDEIRA DE MELLO, 1999).

O primeiro passo do autor é definir o que ele entende por isonomia:

> A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juiridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.
>
> Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 10).

Pode-se depreender que o autor comunga do entendimento até então demonstrado neste trabalho que o princípio da igualdade, ou como utilizado pelo autor, a isonomia vincula tanto o aplicador da lei quanto seu elaborador. Vincular o legislador a um princípio significa uma limitação prévia ao poder de se criar leis não isonômicas, que preveja consequências jurídicas diferentes para as mesmas situações.

Ora, interessante o pensamento do autor que considera o princípio da isonomia como sinônimo de igualdade material, qual seja, tratar iguais de maneira igual e desiguais de maneira desigual. Abarca, pois, o conceito da isonomia como a fusão da igualdade e desigualdade fática que poderá ou não ser alvo de discriminação pela lei. Chega-se a essa conclusão analisando sua obra em trechos que serão destacados no decorrer deste estudo.

Pois bem, feito essa explicação, Bandeira de Mello propõe a seguinte indagação a respeito da igualdade material para se viabilizar a aplicação da isonomia: “Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional

da isonomia?" (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 11).

A partir desse ponto, o autor descreve situações em que a mesma característica do indivíduo poderá ser ou não um fator de *discrimen* que autoriza a lei tratar duas pessoas de forma igual ou desigual dependo do contexto fático.

A primeira característica utilizada como exemplo é a altura de dois indivíduos. O autor diz, com óbvia razão, que não seria possível legislação que permitisse a homens altos realizar contratos de compra e venda e proibisse tal direito a homens baixos. Porém, continua, seria perfeitamente possível lei que contenha o seguinte enunciado "[...] só poderão fazer parte de "guardas de honra", nas cerimônias militares oficiais, os soldados de estatura igual ou superior a um metro e oitenta centímetros." (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 12).

Fica claro que para Bandeira de Mello (1999), assim como para Alexy (2011), as diferenças e suas consequências jurídicas devem ser comparadas entre si em um contexto fático, deixando a abstração em segundo plano. Conclui o autor a respeito da característica supra citada:

> Segue-se que a estatura não é, só por só, fator insuscetível de ser erigido em critério diferencial das pessoas. Por que, então, na primeira hipótese contestou-se lhe juridicidade, admitindo-a na segunda?
>
> Dês que se atine com a razão pela qual em um caso o discrimen é ilegítimo e em outro legítimo, ter-se-ão franqueadas as portas que interditam a compreensão clara do conteúdo da isonomia (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 13).

Em ato contínuo, o autor continua com o raciocínio de que a diferenciação da lei se dará a partir de um contexto fático, não de situações ou características individuais consideradas a priori. Neste ponto discorda do entendimento geral em que "[...] acredita-se que determinados elementos ou traços característicos das pessoas ou situações são insuscetíveis de serem colhidos pela norma como raiz de alguma diferenciação, pena de se porem às testilhas com a regra da igualdade" (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 15).

O autor refere-se no trecho destacado a fatores de sexo, raça e credo religioso, explicando que nem sempre estão vedados discriminações legislativas referentes a essas características. Para isso o autor cita exemplos de situações em que tais características podem ser fator de *discrimen* sem se chocar com o princípio da isonomia.

> Suponha-se hipotético concurso público para seleção de candidatos a exercícios físicos, controlados por órgãos de pesquisa, que sirvam de base ao estudo e medição da especialidade esportiva mais adaptada às pessoas de raça negra. É obvio que os indivíduos de raça branca não poderão concorrer a este certame. E nenhum agravo existirá ao princípio da isonomia na exclusão de pessoas de outras raças que não a negra. A pesquisa proposta, perfeitamente válida, justificaria a diferenciação estipulada. Para realizá-la, o

> Poder Público não estaria por nada obrigado a produzir equivalente estudo relativo às pessoas de raça branca, amarela, vermelha ou — se se quiser transpor o exemplo a quaisquer destas últimas — a efetuá-lo com as raças não abrangidas. Pode-se, ainda, supor que grassando em certa região uma epidemia, a que se revelem resistentes os indivíduos de certa raça, ã lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos públicos de enfermeiro, naquela área, os indivíduos pertencentes à raça refratária à contração da doença que se queira debelar. É óbvio, do mesmo modo, que, ainda aqui, as pessoas terão sido discriminadas em razão da raça, sem, todavia, ocorrer, por tal circunstância, qualquer hostilidade ao preceito igualitário que a Lei Magna desejou prestigiar (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 16).

Portanto, qualquer característica que seja utilizada como fator de *discrimen* deve apresentar um nexo lógico para o tratamento legislativo diferente. Mais importante, o modelo fático de desigualdade deve estar inserido em um contexto histórico específico o que casa com o que foi dito antes com a autora Piovesan.

Conclui-se então que para uma proteção efetiva de grupos vulneráveis a lei deverá levar em conta o contexto fático e a realidade histórico-cultural de uma sociedade. A proteção diferenciada deverá obrigatoriamente ter um nexo causal com a discriminação fática sofrida por esses grupos, sobre pena de quebra de isonomia.

O trabalho do pesquisador de temas de direitos humanos ou de direitos fundamentais a respeito de grupos vulneráveis não seria então descobrir quais são esses grupos ou quais são as características que apresentam uma autorização para serem juridicamente diferenciadas, mas sim verificar, por meio da situação fática, qual a proteção necessária para certo grupo de pessoas que sofrem algum de seus direitos tolhidos para que sejam inseridos em contexto de isonomia perante o resto da sociedade.

> [...] tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 21).

Note-se que Bandeira de Mello (1999) trata além da realidade fática de um fundamento lógico para o tratamento diferenciado pela lei. Nesse sentido Marcelo Neves (2014) cita os ensinamentos de Rawls quanto a teoria da justiça, sendo possível entender que o que Bandeira de Melo trata como fundamento lógico, Neves trata como expectativa racional:

> Disso resulta a construção racional dos dois princípios de justiça: 1) igualdade na atribuição de direitos e deveres básicos, também formulado como princípio da liberdade igual; 2) desigualdades econômicas e sociais só se justificam se corresponderem à expectativa racional que trarão vantagens para todos, principalmente para os menos favorecidos, e estiverem ligadas a cargos e posições acessíveis a todos (subordinado ao primeiro princípio. O modelo de justiça de Rawls implica evidentemente a defesa do pluralismo (NEVES,

2014, p.44).

Como bem fundamentado por Neves (2014), o objetivo de leis que estabeleçam tratamento diferenciado não é de estabelecer privilégios para os grupos vulneráveis, mas de promover uma segurança jurídica para toda a sociedade, sendo o que ele considera como "defesa do pluralismo". Ainda neste ponto, o autor não nega discrepâncias econômicas e sociais, porém eles devem ser subordinados à expectativas racionais.

Ao comentar a lei Maria da Penha, Streck (2011, p. 98) mostra posicionamento que coaduna com o exposto:

> A resposta para a constitucionalidade de tais distinções reside no novo direito para o qual aponta o paradigma do Estado Constitucional. Esse novo direito trás consigo uma co-originariedade entre direito e moral (Habermas). Logo, trata-se de um direito pós-Auschwitz, um direito pós-bélico. Um direito que vem diferente. Um direito que nos lembre que nunca mais poderemos proceder de determinadas maneiras. No caso, a Constituição do Brasil permite discriminações positivas para – repito –, através de um tratamento desigual, buscar igualar aquilo que sempre foi desigual. Esse é o paradigma a partir do qual devemos interpretar a Lei Maria da Penha. Nem vou falar aqui dos Tratados Internacionais que obrigam proteger – inclusive penalmente – os direitos da mulher e das minorias em geral. Isso está implícito nesta discussão.

Note-se que o embasamento trazido por Streck (2011) cita tanto o direito quanto a moral, dizendo que ambos são provenientes do mesmo local. Por esse motivo, não se tem a pretensão de entender o direito como sistema endógeno, podendo trazer no conceito a ser buscado elementos morais, históricos, sociais e culturais.

ESTABELECENDO UM CONCEITO A SER TESTADO

Após essa digressão feita ao campo principiológico, técnico e doutrinário, há que se estabelecer os elementos constitutivos do conceito procurado. Um grupo vulnerável imprescinde de proteção especial em razão de sua fragilidade ou indefensabilidade (MAZZUOLI, 2015).

Tal fragilidade ou indefensabilidade deve ser fática, ou seja, caracterizada no mundo concreto. Dessa forma, a vulnerabilidade do grupo relaciona com o cerceamento, total ou parcial, de algum direito básico. Essa vulnerabilidade será a razão da lei proteger de forma especial tal grupo vulnerável e será tratado doravante como *ratio*.

O cerceamento se dará em razão de uma característica discriminada que poderá ser a etnia; o sexo ou a sexualidade; a idade entre outros.

Complementariamente, esse cerceamento deve ter sido fundado por baixa representatividade política, caso das minorias, ou por um aspecto histórico-cultural.

Necessário então agrupar todo o conhecimento aqui reunido para que possamos

eleger um conceito próprio de grupo vulnerável. Temos, portanto, um conceito de grupo vulnerável a ser trabalhado pelos próximos capítulos. Um grupo de pessoas que possuem um ou mais dos seus direitos básicos tolhidos ou dificultados injustamente, por ter algum traço característico de sua personalidade discriminado, seja em decorrência de circunstâncias histórico-culturais ou por baixa representatividade política.

O conceito aqui chegado pode ser dividido em: vulnerabilidade; característica discriminada; e origem da vulnerabilidade. Note-se que o conceito pode ser agregatório, se, por exemplo, se entender novas origens da vulnerabilidade ou novas características discriminadas.

O importante é que tal conceito se baseia em juízos analíticos que devem ser seguidos para que um grupo seja considerado vulnerável. Não há, portanto, juízos sintéticos, com predicados não inerentes ao conceito buscado. Baseia-se nas idéias de Kant (1994, p. 43):

> Em todos os juízos em que se concebe a relação de um sujeito com um predicado (considerando só os juízos afirmativos, pois nos negativos é mais fácil fazer, depois, a aplicação), esta relação é possível de dois modos: ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo nele contido (de um modo tácito), ou B é completamente estranho ao conceito A, se bem se ache enlaçado com ele. No primeiro caso chamo ao juízo analítico, no segundo, sintético. Os juízos analíticos (afirmativos) são, pois, aqueles em que o enlace do sujeito com o predicado se concebe por identidade; aqueles, ao contrário, cujo enlace é sem identidade, devem chamar-se juízos sintéticos. Poder-se-ia também denominar os primeiros de juízos explicativos, e aos segundos, de juízos extensivos, pelo motivo de que aqueles nada aditam ao sujeito pelo atributo, apenas decompondo o sujeito em conceitos parciais compreendidos e concebidos (ainda que tacitamente) no mesmo, enquanto que, pelo contrário, os últimos acrescentam ao conceito do sujeito um predicado que não era de modo algum pensado naquele e que não se obteria por nenhuma decomposição.

As palavras de Kant diferenciam os juízos sintéticos dos juízos analíticos, sendo que àqueles é dado a prerrogativa de se atribuir um predicado que não é inerente ao ser, como exemplo temos a frase “grupos vulneráveis tem proteção especial interna e internacional”. Esse juízo, embora pode ser verdadeiro em vários casos, não se traduz em algo que conceitue o objeto. Ter proteção especial interna e internacional não é o que faz um grupo ser vulnerável.

Por outro lado, ao se falar que “grupos vulneráveis tem seus direitos tolhidos em face a uma característica discriminada” temos um juízo analítico, pois descreve apenas situações imanentes a todos os grupos vulneráveis, sendo este juízo importante para o estabelecimento do conceito dado.

Portanto, chegou-se aqui a um conceito analítico quanto ao objeto consagrado, pelo menos no que concerne à estrutura fixada (Vulnerabilidade, Característica Discriminada e Origem).

Objetivando enriquecer o debate, apresenta-se a definição de minorias apresentada por Comanducci (1996 *apud* LIMA; DIZ, 2015, p. 580) como:

> Os conjuntos de indivíduos que, sem ser necessariamente menos numerosos que outros grupos de indivíduos (pensemos nas mulheres, se encontram por razões históricas, políticas ou de outro tipo em uma situação de desvantagem (de subalternidade, de menor poder, etc.) em comparação com outros conjuntos de indivíduos da mesma sociedade. (Tradução nossa)[7]

Para verificar a eficácia do conceito, deve-se analisar sua aplicação aos grupos vulneráveis existente no Direito Internacional posto, quais sejam: mulheres, idosos, crianças e adolescentes, povos indígenas e comunidades tradicionais, pessoas com deficiência, comunidade LGBTI, refugiados e consumidores. (MAZZUOLI, 2015)

Por opção metodológica, restringe-se aos grupos vulneráveis pertinentes ao objetivo do trabalho. Trabalharemos com mulheres, idosos, membros da comunidade LGBTI, crianças e adolescentes. Não se trata aqui de um *cherry picking*[8] apenas de limites cronológicos e epistemológicos em jogo nessa pesquisa. Tal conceito, poderá ser utilizado em outros trabalhos para fim de verificação da sua adequação aos outros grupos vulneráveis.

A escolha, porém, desses grupos faz-se em torno das semelhanças entre as vulnerabilidades apresentadas entre eles e a discrepância protetiva dispensada aos mesmos. Isso é notado tanto no cenário internacional quanto no interno.

Quanto às semelhanças entre as vulnerabilidades, encontra-se o recorte feito nesta pesquisa que é uma indefensabilidade fática para se protegerem da violência perpetrada contra os mesmos, seja pela propensão a sofrer violência doméstica ou crimes decorrentes de discriminação.

Como visto, a desigualdade fática demanda uma desigualdade jurídica para uma proteção especial. Porém, partimos da hipótese de que o sistema de proteção não é homogêneo, fato que fará com que grupos com vulnerabilidade análoga não possuam os mesmos mecanismos protetivos.

No cenário internacional, todo o sistema protetivo especial dispensado às mulheres constitui-se, como veremos nos próximos capítulos, de normas de *hard law* tanto no Sistema Global, quanto no Sistema Interamericano. Em contraposição, aos idosos e membros da comunidade LGBTI são normalmente dispensada proteção geral, ou quando específicas, por meio de normas de *soft law*, este com os princípios de Yogyakarta (*apud* 2015 e aqueles com os Princípios das Nações Unidas para Pessoas Idosas.

7. Los conjuntos de individuos que, sin ser necesariamente menos numerosos que otros grupos de individuos (piénsese en la mujeres), se encuentran por razones históricas, económicas, políticas o de otro tipo en una situación de desventaja (de subalternidad, de menor poder, etc.) frente a otros conjuntos de individuos de la misma sociedad.
8. Termo pejorativo utilizado para criticar o (falso) pesquisador que escolhe apenas evidências que corroboram sua tese, deixando de citar aquelas que são contrárias.

No âmbito interno, temos a lei 11.340/06 que trouxe mecanismos de proteção contra a violência doméstica, porém, apenas protege as pessoas de sexo feminino. Outra legislação protetiva que estendeu a proteção da mulher contra a violência foi a lei 13.104/15.

Tais mecanismos protetivos não são encontrados em legislação especial interna para proteger os outros dois grupos vulneráveis tomados como instrumento de estudo, quais sejam, idosos e membros da comunidade LGBTI.

Com vista em enriquecer o estudo a ser feito, será trabalhado também com o grupo vulnerável das crianças e dos adolescentes. Este grupo, embora goze de proteção por *hard law* específica, encontra-se característica interessante à pesquisa ora elaborada, visto que a Convenção Internacional de Proteção dos Direitos das Crianças, de 1989 foi considerada como caso notório de Universalização dos Direitos Humanos. (VIEIRA; MORAIS, 2012)

Em síntese, será visto o grupo vulnerável da mulher, pois será utilizado como paradigma para a extensão da proteção, os grupos vulneráveis dos idosos e a comunidade LGBTI por não possuírem instrumentos de *hard law* para sua proteção, embora sua vulnerabilidade, bem como o grupo vulnerável composto pelas crianças e adolescentes, visto que sua proteção internacional pode ser discutida como universal.

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO A GRUPOS VULNERÁVEIS

A metodologia indutiva adotada no presente trabalho mostrou-se eficaz para o fim que se pretendia no capítulo anterior haja vista que determinar um conceito ontológico é algo extremamente complicado de se fazer utilizando apenas postulados jurídicos. Como se sabe, a ciência jurídica é normativa conquanto se estabelece em modais deônticos de permitido, proibido e obrigatório.

Como foi visto, a realidade inserida, ou seja, o contexto fático da vulnerabilidade a ser trabalhada encontra-se na vivência cotidiana, no período histórico e na situação real em que certo grupo se encontra.

Após estabelecer um conceito de grupo vulnerável com o qual se possa trabalhar, passa a se estudar os mecanismos da ordem internacional que protegem tais grupos. O desafio aqui vai além da simples catalogação dos tratados internacionais de direitos humanos existentes ou ratificados pelo Brasil. Trata-se de estabelecer, em que medida o conceito teorizado foi efetivamente observado nas estipulações dos tratados.

Torna-se necessário checar se é possível aplicar o conceito formulado no capítulo anterior para os diversos grupos vulneráveis escolhidos para a proteção e assim continuar a pesquisa. Também se torna importante estudar quais são os institutos de Direito Internacional Público aplicáveis no presente estudo em suas características e distinções.

Dessa forma, este capítulo tem um duplo objetivo: i) verificar se o conceito estabelecido pode ser aplicado aos grupos vulneráveis escolhidos como objeto; ii) estudar os mecanismos protetivos internacionais para tais grupos com o fim de determinar o grau de proteção existente para a continuação da pesquisa.

OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL: POR UMA ACEPÇÃO AINDA EM CONSTRUÇÃO

Tem-se um extenso número de instrumentos protetivos de Direitos Humanos editados na esfera internacional. Tais instrumentos podem ser classificados, para fins de sistematização, em mecanismos *Convencionais* e *Não Convencionais* de proteção de direitos humanos.

Em suma, os mecanismos convencionais são fundados nos próprios tratados internacionais de proteção, tendo-se como exemplos o Comitê dos Direitos Humano, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o Comitê e Subcomitê contra a Tortura, o Comitê para os Direitos da Criança e o Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência, entre outros.

Os tratados são fontes positivas do Direito internacional definidos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como um "[...] acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;" (CVDT, art.1).

Como fonte positiva o tratado deve ser confeccionado e eventualmente modificado apenas por escrito, apesar de que na práxis jurídica internacional há modificações por meio de costumes. Mata Diz, ao comentar os artigos 39 a 41 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que tratam da modificação de tratados expõe essa prática:

> Modificação por via de costumes: a possibilidade de que, por via consuetudinária, pudessem realizar-se modificações sobre o texto de tratados – fonte de direito convencional - resultou em uma possibilidade excessivamente ampla de descumprimento (ainda que de caráter velado, já que ao utilizar o argumento do costume como meio para modificação se pudesse chegar praticamente ao fim mesmo do tratado) para que pudesse, posteriormente, ser aprovada pelas delegações. Ademais, conforme expressado pelo Relator Especial da CDI (1966), a questão relativa à consideração de uma norma costumeira como elemento modificador de um tratado devia ser analisada a partir dos métodos de interpretação e não de modificação. (DIZ, 2011, p. 304)

Os tratados são então normas formais que em regra não admitem sua alteração por meio de práticas supervenientes. Os tratados são firmados entre Estados, fato que gera para os mesmos a responsabilidade de cumpri-los.

Em se tratando de Direitos Humanos, o Estado se responsabiliza tanto por não descumprir, por meio de condutas de seus agentes, quanto por zelar pelo cumprimento dos direitos ali positivados, tomar precaução para que não ocorra violações e caso ocorra punir quem os violou. Nas palavras de Ramos (2004, p. 40):

> Os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem obrigações aos Estados que podem ser classificadas em dois tipos: a obrigação de respeito aos direitos humanos e a obrigação de garantia. Como exemplo, cite-se o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos que estabelece que o Estado fica obrigado a ***zelar pelo respeito*** dos direitos humanos reconhecidos e de ***garantir o exercício*** dos mesmos por parte de toda pessoa que é sujeita à sua jurisdição. (Grifos no original)

Porém, ainda no campo dos Direitos Humanos, um Estado pode ser obrigado a cumprir obrigações mesmo não tendo pactuado suas condições no campo Internacional, em face de mecanismos denominados não convencionais. Tais mecanismos encontram fundamento fora de qualquer tratado internacional constituindo importante setor de proteção internacional, destacando entre esses a Comissão de Direitos Humanos da ONU como visto por Piovesan (2013, p.297):

> A proteção internacional dos direitos humanos não se restringe, contudo, aos mecanismos convencionais explicitados neste capítulo. Ela abrange, ainda, mecanismos tidos como não convencionais, isto é, decorrentes de resoluções elaboradas por órgãos criados pela Carta das Nações Unidas, como a Assembleia Geral, o Conselho Econômico e Social e a Comissão de Direitos Humanos, entre outros. Tratar-se-á aqui especificamente da Comissão de Direitos Humanos, que ocupava posição central no sistema não convencional de proteção.

A importância da Comissão de Direitos Humanos da ONU está além da sua posição no Sistema Global, mas, principalmente, no caráter precursor de um modelo que coloca em xeque a perspectiva de responsabilização baseada na adesão de um Estado a um Tratado Internacional.

> A então Comissão de Direitos Humanos da ONU, no entanto, desde a sua criação em 1946, instituiu mecanismos não convencionais (ou extraconvencionais) de proteção, ou seja, não previstos originariamente em tratados internacionais a que os Estados formalmente aderem. (MAZZUOLI, 2015, p. 117)

Consequentemente, com a criação da CDH da ONU tem-se uma proteção supra-estado, com a atuação de uma Organização Internacional com a intenção de proteger os direitos humanos garantidos e fiscalizar seu cumprimento pelos estados. A fiscalização passa a ser fundamentada em uma "*garantia da ordem pública internacional*", superando o modelo "Estado-ofensor e Estado-vítima". (RAMOS, 2004)

Nessa esteira, vale consignar a conclusão de Ramos (2004, p. 409) ao tratar da responsabilização dos estados por violação dos direitos humanos:

> Como conseqüência da afirmação de ser a responsabilidade internacional do Estado uma verdadeira garantia da ordem pública internacional é que essa responsabilidade internacional deixa de ser exclusivamente um instituto relacional entre Estado-ofensor e Estado-vítima, para ser considerado um instituto relacional "Estado-comunidade internacional" em um verdadeiro contencioso de legalidade, o que é particularmente correto em face da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.

Tal modelo estabelecido gera, entre outras, duas consequências a serem vistas: i) a responsabilidade pelo respeito e proteção dos direitos humanos independe de qualquer contraprestação dada por outro estado, excluindo-se a possibilidade do argumento de descumprimento com a invocação do princípio da reciprocidade; ii) os direitos humanos devem ser protegidos independentemente da participação do Estado em tratados internacionais desta natureza.

A primeira consequência se traduz no fato de que uma obrigação de proteção dos Direitos Humanos tem caráter objetivo por ser parte de uma garantia coletiva, como assevera Ramos (2004, p.38):

> A Corte Européia de Direitos Humanos decidiu, no caso Irlanda contra Reino Unido, que a Convenção Européia de direitos humanos, diferentemente dos tratados internacionais tradicionais, ***vai além da simples reciprocidade entre os contratantes, pois a citada Convenção não cria obrigações sinalagmáticas bilaterais, mas sim obrigações objetivas***, que, nos termos do Preâmbulo da Convenção, são objeto de uma garantia coletiva. (Grifos no original)

Em uma perspectiva doméstica, também decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos que em se tratando de Direitos Humanos positivados em tratados internacionais os Estados "[...] submetem-se a uma ordem legal dentro da qual eles, para o bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas sim com os indivíduos sob sua jurisdição". (RAMOS, 2004 p. 38)

Em suma, os direitos humanos consolidados na ordem internacional constituem obrigações que vinculam o próprio Estado em defesa de seu povo constituindo em verdadeiro objetivo finalístico do próprio Estado a despeito de qualquer condição. Limites legislativos, econômicos, de infraestrutura ou qualquer outro não poderão ser invocados a fim de se justificar o não respeito e garantia de tais direitos.

Quanto à segunda consequência, os Direitos Humanos, vistos da perspectiva da ONU se consolidam em uma obrigação que independe do consentimento prévio do Estado por meio de tratado, como bem assevera Mazzuoli (2015, p.119):

> Juridicamente, repita-se, a autorização que o Conselho tem para investigar a situação dos direitos humanos nos países não provém de tratados (daí se ***não*** convencional esse mecanismo), mas de "resoluções" da Assembléia Geral ou do Conselho Econômico e Social da ONU. Tais resoluções autorizam o monitoramento dos direitos humanos em quaisquer países, sejam ou não partes em tratados de direitos humanos em quaisquer países, sejam ou não partes em tratados de direitos humanos, sejam ou não membros das Nações Unidas. Some-se a isso a criação, em 20 de dezembro de 1993, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, instituído Resolução 48/141 da Assembléia Geral da ONU.

Nesse sentido, não há mais em que se falar da perspectiva de criação do Direito Internacional apenas por regras de tratados entre Estados. Superando, por fim o monismo defendido por Kelsen (1960).

O monismo kelseniano[1], parte do pensamento do autor quanto a *construção escalonada* do Direito Internacional. Kelsen sugere que o Direito Internacional tem origem nos atos praticados pelos Estados segundo as ordens jurídicas internas. Desses atos, nasceram as relações interestaduais que deram origem a uma ordem consuetudinária,

1. Para Flávia Piovesan (2013, p.19), o paradigma jurídico da pirâmide de Kelsen com a Constituição no topo do ordenamento jurídico encontra-se em crise devido ao mesmo estar sendo substituído por um trapézio, com a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no topo do ordenamento. Para a autora, as constituições Latino-americanas possuem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e internacional. Repudia-se, dessa forma, a proposição de Kelsen sobre um sistema jurídico endógeno e autorreferencial.

a qual Kelsen denomina de *primeiro escalão* de normas internacionais. Note-se o esclarecimento de Macedo (2011, p. 194):

> Kelsen afirma que há duas possibilidades para essa unidade: o monismo com prevalência do direito interno ou o monismo com prevalência do direito internacional. Ambas são lógica e juridicamente perfeitas, mas a primeira conduz a uma espécie de "egotismo jurídico", cada país consideraria o seu próprio direito como o único verdadeiro.

A norma costumeira nascida das relações estatais mais importante é aquela designada pela fórmula *pacta sunt servanda*, pois dela deriva os tratados internacionais. Ora, lembremos que para Kelsen toda norma tem fundamento em uma norma de hierarquia superior, sendo que todas encontram fundamento na norma hipotética fundamental. Tal norma, não é posta, mas é proposta como um fundamento de validade. Se pudéssemos dar um conteúdo material à norma, seria algo como: O direito/a constituição deve(m) ser respeitado(a).

Portanto, a norma hipotética fundamental, gera, ou dá fundamento à constituição, que dá fundamento aos costumes, como o *pacta sunt servant*, que dá fundamento aos tratados internacionais que dão fundamento à responsabilidade contraída. Assim, uma norma gera outra norma, que gera outra norma em um sistema fechado e endógeno.

Ainda segundo Kelsen (2008), as normas editadas pelos tribunais internacionais e por outros órgãos internacionais, tendo em vista que estes foram criados por meio de tratados, são normas de terceiro escalão, abaixo dos tratados e ambos abaixo dos *costumes*.

Note-se que, nas palavras de Mata Diz (2011, p. 305): "Não se pode negar a importância e também a influência dos costumes no Direito internacional, especialmente a partir dos aspectos cristalizador ou inovador".

No entanto, em se tratar de Direitos Humanos, o contraponto é feito por Ramos (2004, p. 410) ao concluir que: "O Direito Internacional recebe a organização interna do Estado como um fato, *qualificando-o juridicamente segundo as próprias normas internacionais"* (Grifos no original).

Isso decorre do entendimento dos Direitos Humanos fundamentados no princípio da indivisibilidade e da universabilidade.

Para Vieira e Morais (2012, p. 176) os direitos humanos são universais e indivisíveis, conquanto devem ser considerados de forma integrada e garantidos a todo ser humano existente no planeta:

> Um dos impulsos fundamentais para a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos é a universalização dos direitos humanos. Os ***direitos humanos***, como dimensão própria do processo de mundialização, se referem à institucionalização e promoção de um mínimo ético universal, pela garantia

> de direitos mínimos, sejam estes civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais, a serem considerados e realizados de forma integrada e indivisível (***indivisibilidade***) a todos os seres humanos no planeta Terra, indistintamente (***universalidade***). Mesmo que o uso retórico do instituto dos direitos humanos venha desgastando o primado ético que as demandas sociais e ambientais emergentes impõem, estes ainda se mantêm como o repositório ético do processo de "integração" global, via mundialização, o guião emancipatório de nossos tempos.

O tema se torna importante, para o presente estudo ao se indagar o motivo da existência de tais mecanismos não convencionais. Para Piovesan (2013, p. 299) tais mecanismos se fundam em três razões:

> Nessa linha, a escolha de mecanismos não convencionais, ilustrativamente, poder-se-ia pautar ***na inexistência de Convenções específicas sobre o direito violado***, na ausência de ratificação pelo Estado-violador de uma Convenção determinada ou na existência de forte opinião pública favorável à adoção de medidas de combate à violação. (Grifo nosso)

Tendo em vista o objeto de estudo, deixa-se de lado a ausência de ratificação pelo Estado-violador, devido à perspectiva que se propõe da proteção dada aos brasileiros. Isso porque o Estado brasileiro ratifica grande parte dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos[2], sendo problema ainda a questão da sua incorporação, como será visto no próximo capítulo.

A existência de forte opinião pública favorável à adoção de medidas de combate à violação, enquanto força política de pressão, também foge da vertente jurídico-dogmática adotada no presente estudo.

Porém, ao se admitir a inexistência de normas específicas sobre o direito violado, tais mecanismos, se feitos com tal intenção, corroboram o objetivo desta pesquisa. Isso porque, se a proteção de um Direito Humano não se faz presente nos Tratados de Direitos

---

2. **Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil**
a) Sistema Global
Preceitos da Carta das Nações Unidas – 1945
Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1948
Convenção contra o Genocídio - 1949
Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados - 1951
Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados - 1966
Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - 1966
Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - 1966
Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial - 1968
Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher – 1984
Declaração do Direito ao Desenvolvimento - 1986
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes 1984
Convenção sobre os Direitos da Criança – 1989
Declaração e Programa de Ação de Viena -1993
Declaração de Pequim - 1995
b) Sistema Regional Interamericano
Convenção Americana sobre Direitos Humanos - 1969
Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura - 1985
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - 1994

Humanos, tal direito deve ser protegido por outros meios.

Dessa forma, admite-se um caráter concretista do direito, sendo visto que todo o ordenamento posto, por mais extenso que seja em textos positivados, há ainda uma proteção inacabada e a norma deverá ser interpretada com objetivo de proteger tal direito. A hipótese aventada de concretização desta proteção passa por uma proteção homogênea que será proposta no último capítulo deste estudo.

Portanto, neste capítulo serão debatidos ambos os mecanismos de proteção aos grupos vulneráveis, levando-se em conta tanto os Tratados Internacionais e os mecanismos não convencionais quanto aos costumes internacionais. Por preferência metodológica, será dado destaque àqueles que serão objeto do foco deste trabalho.

AS MULHERES COMO GRUPO VULNERÁVEL: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONCEITO ESTABELECIDO AO GRUPO ESTUDADO COMO PARADIGMA

Tendo em vista o conceito estabelecido no capítulo anterior, passa-se a indagar se a mulher deve ser considerada como grupo vulnerável. Como foi estabelecido há que se ter um direito violado, baseado em característica da personalidade tendo em vista uma origem.

Pode-se analisar o direito básico das mulheres dificultados ou violados para serem consideradas como grupos vulneráveis ao se destacar sua discriminação no mercado de trabalho, pela sua dificultosa ascensão a cargos políticos ou por sua vulnerabilidade no âmbito familiar. (PIOVESAN, 2008)

Tendo em vista o objeto trabalhado, considerar-se-á o último aspecto. A violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico se trata de uma violência de gênero, tais como assevera Feix (2011, p. 202) ao comentar a o parecer da relatora da ONU na Conferência Mundial sobre a Mulher:

> Segundo a Relatora Especial da Organização das Nações Unidas (ONU, 1996), a violência contra as mulheres é a expressão brutal da discriminação de gênero, tendo sua origem no espaço doméstico que se projeta para a esfera pública. Constitui-se como dispositivo eficaz e disciplinador das mulheres no cumprimento do papel de subordinação que lhes é atribuído; sendo, portanto, um componente fundamental no sistema de dominação. Não é um ato de abuso individual, pois dá sustentação aos estereótipos de gênero dominantes e utilizados para controlar as mulheres no único espaço tradicionalmente a elas determinado: o privado.

Portanto, tal abuso não deve ser considerado como individual, visto que sua consequência decorre de uma perpetuação da violência, tornando a mulher mais susceptível de ter sua integridade física (direito violado) em decorrência da violência de gênero (característica discriminada).

Passa-se a analisar a origem de tal discriminação. Inicialmente, nota-se que a maioria dos direitos inerentes às mulheres, foram conquistados em tempos recentes. Mazzuoli (2015, p. 260) ao citar em sua obra, Eleanor Roosevelt, aponta que a mesma "[...] já insistia, à época da redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que substituísse a redação original do art. 1°, de que 'todos os homens são irmãos', para aquela segundo o qual 'todos os seres humanos são iguais'".

A partir desta concepção, a redação do art. 1° da Declaração assim ficou: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade".

Urge constar, por necessário que foi a partir do século XX, que os movimentos e reivindicações feministas ganharam alentos em âmbito internacional, em que pese especialmente ao "[...] direito à igualdade formal, à liberdade sexual e reprodutiva, ao impulso da igualdade econômica, à redefinição dos papéis sociais e ao direito à diversidade de raça, etnia, entre outros" (MAZZUOLI, 2015, p. 261).

Piovesan (2008, p.18) realiza pesquisa ampla sobre a participação, ou sua falta, da mulher em cargos públicos nos três poderes e conclui que:

> A reduzida participação de mulheres nos postos decisórios traduz a dicotomia entre os espaços público e privado, que acaba por condicionar o exercício de seus direitos mais fundamentais. Se ao longo da história atribuiu-se às mulheres o domínio do privado, a esfera doméstica da casa e da família, gradativamente testemunha-se a reinvenção dos espaços público e privado. Constata-se a crescente democratização do espaço público, mediante a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais. Contudo, resta o desafio da democratização do espaço privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público.
>
> Daí a relação de interdependência entre os direitos políticos e os direitos civis. Vale dizer, o pleno exercício dos direitos políticos das mulheres requer e pressupõe o pleno exercício de seus direitos civis e vice-versa. Demanda-se o respeito aos direitos e à dignidade das mulheres nos espaços público e privado.

Dessa forma, tem-se que a origem da discriminação decorre tanto de um contexto de baixa representatividade política quanto em decorrência de um histórico cultural de discriminação. Passa-se a tratar dos instrumentos internacionais deste grupo.

Normativa internacional de proteção às mulheres

Indubitavelmente, após a proclamação dos Direitos Humanos no ano de 1948, esses se tornaram mundialmente reconhecidos. No que tange aos direitos das mulheres, importante trazer à lume, a promulgação da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a mulher, a qual foi admitida por mais de 180 (cento

e oitenta) Estados, vigorando desde de 1981, consagrando, em esfera mundial, o comprometimento dos Estados em erradicar a discriminação contra mulher e zelar por sua igualdade em relação aos homens.

Destarte que se considera discriminação contra a mulher o conceito trazido pelo art. 1° da Convenção, que aduz:

> Art.1°. Para fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Ainda, insta constar, por oportuno, que esta Convenção, foi a que mais auferiu em seu texto reservas pelos Estados, como destaca Piovesan (2013, p. 268):

> Embora esse dado reflita a ampla adesão dos Estados a esta Convenção (perdendo apenas para a Convenção sobre os Direitos da Criança em número de Estados-partes), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher enfrenta o paradoxo de ser o instrumento que recebeu o maior número de reservas formuladas pelos Estados, dentre os tratados internacionais de direitos humanos.

Essas reservas, segundo a autora, refletem a dicotomia entre espaços públicos e privados, sendo que, há sociedades em que a mulher encontra-se confinada no último:

> Um universo significativo de reservas concentrou-se na cláusula relativa à igualdade entre homens e mulheres na família. Tais reservas foram justificadas com base em argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal, havendo países (como Bangladesh e Egito) que acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de praticar "imperialismo cultural e intolerância religiosa", ao impor-lhes a visão de igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família. Isso reforça o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família. Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado — cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público. A respeito, ressalte-se que o Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em sua Recomendação Geral n. 21, destacou ser dever dos Estados desencorajar toda noção de desigualdade entre a mulher e o homem, quer seja afirmada por leis, quer pela religião ou pela cultura, de forma a eliminar as reservas que ainda incidam no art. 16 da Convenção, concernente à igualdade de direitos no casamento e nas relações familiares. (PIOVESAN, 2013, p. 268)

Não obstante o avanço de tal mecanismo, seu texto é ausente em relação à violência contra a mulher, o que ocasionou em 1992, a Recomendação Geral n° 19, que passou a

dispor também sobre a violência contra elas cometida.

Contudo, no sistema regional americano, a Convenção Interamericana destaca-se no sistema de direitos humanos, como instrumento destinado a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, sendo produto do intenso Movimento Feminista das Américas. A Convenção dispõe que:

> [...] A violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades" [...] a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

Válido citar que o caso internacional com maior relevância envolvendo o Brasil, é o da Maria da Penha Maia Fernandes, à qual foi agredida quase fatalmente pelo seu companheiro no ano de 1980.

Com a demora no processamento do inquérito policial e a devida ação, Maria da Penha, peticionou ao Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e ao Comitê Latino-Americano de Defesa (CLADEM), que passaram para Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que declarou que:

> [...] A denúncia alega a tolerância da Requerida Federativa do Brasil (doravante denominada "Brasil" ou "Estado") para com a violência cometida por Marco Antônio Heredita Viveiros[...] que culminou em tentativa de homicídio[...] Denuncia-se a tolerância do Estado, por não haver efetivamente tomado por mais de 15 anos as medidas necessárias para processar e punir o agressor, apesar das denúncias.

Diante disso, houve a necessidade de criação de uma lei específica como será visto no próximo capítulo deste trabalho.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (denominada "Convenção de Belém do Pará") é o primeiro tratado internacional de direitos humanos a reconhecer a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado, que "transcende todos os setores da sociedade, independentemente de sua classe, raça ou grupo étnico, níveis de salário, cultura, nível educacional, idade ou religião" (BRASIL, 1994).

Assinada no Brasil em 9 de julho de 1994, entrou em vigor em 3 de março de 1995, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995, ratificada em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

Em seu preâmbulo, a Convenção destaca que a violência contra a mulher "constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais", é uma "ofensa à dignidade humana" e "uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens" (BRASIL, 1994).

E, em seu artigo 7º, prevê a necessidade de se: (i) incluir na legislação interna normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher; (ii) modificar leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou costumeiras que respaldem a persistência ou tolerância da violência contra a mulher; (iii) estabelecer procedimentos legais justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência.

Uma das formas que tal legislação internacional influencia o ordenamento interno foi com a previsão na Lei Maria da Penha da criação especializada no atendimento das mulheres. Tais delegacias tem sido implementadas paulatinamente em algumas cidades do Brasil. Bianchini (2011, p. 227) traça características que devem existir em tais delegacias:

> No que tange à seleção de seus integrantes, deve ser dada preferência, no momento de se compor os quadros das Delegacias especializadas, a policiais do sexo feminino, em face do natural constrangimento da mulher vítima em relação aos fatos a serem narrados (violência sofrida, mesmo que não tenha sido de natureza sexual).
>
> A capacitação de tais profissionais (de preferência do sexo feminino) merece cuidados especiais. Eduardo Mayr (1998) elenca algumas atitudes que bem demonstram o quando eventual despreparo no lidar com esse tipo de violência pode acarretar, começando pelas indagações que são formuladas às vítimas: "*Você tem sorte de ainda estar viva, por que você estava andando sozinha naquele local?, não sabe que não se pode sair à noite desse jeito?, por que não gritou?*, e questionamentos que tais. [Não é incomum] as vítimas sofrerem um mais de maltrato por policiais, que, com seu descaso, indiferença e desrespeito, [acrescentam humilhação ao provocado pelo próprio vitimizador.] A vítima é interrogada como se fosse culpada de um ilícito, sem qualquer contemplação, impondo-se-lhe uma agonia psíquica intolerável". (Grifos no original)

O objetivo de delegacias especializadas no atendimento de mulheres vítimas de violência doméstica é a proteção da vítima que se encontra em estado de vulnerabilidade. Tais órgãos ajudam a inibir o chamado vício da vontade, que impede mulheres de denunciar seus agressores, perpetuando assim a violência contra elas.

OS IDOSOS COMO GRUPO VULNERÁVEL: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONCEITO ESTABELECIDO AO PRIMEIRO GRUPO OBJETO DA EXTENSÃO PROTETIVA

Como sabido, as melhores condições de vida, acesso ao saneamento básico, assistência médica, uma crescente oferta regular de alimentos, contribuem significativamente para uma mudança positiva na estrutura demográfica mundial. Neste contexto, o desenvolvimento técnico e cientifico passou a colaborar com a habitabilidade no espaço social, com o crescimento populacional e seu envelhecimento. (MAZZUOLI, 2015)

Entretanto, para Mazzuoli (2015, p.270), há paradoxos e contradições na complexa pirâmide social e populacional contemporânea entre os quais destaca: “a) o elevado contingente infanto-juvenil, que tem escassas possibilidade de estudo e emprego; (b) a reduzida e pressionada massa de trabalhadores (população economicamente ativa); e, (c) o crescimento do grupo das pessoas idosas, que necessitam de assistência e seguridade social”.

Portanto, nesse sentido a sociedade internacional vem enfrentando todos os problemas sociais decorrentes do desequilíbrio demográfico de sua população, tendo como base os direitos humanos das crianças, adolescentes e idosos.

Isso porque, o idoso vítima de discriminação deve ser considerado como grupo vulnerável, visto que, em decorrência de sua idade (característica de sua personalidade) tem algum de seu direito tolhido (acesso à justiça), em consonância com o conceito estabelecido no capítulo anterior.

> [...] apesar da singela constatação de que só não será idoso aquele que tiver seu tempo de vida prematuramente abreviado, as pessoas idosas são negligenciadas e tratadas com indiferença, como se todos não formássemos um mesmo grupo social e não fôssemos nos tornar, se sobrevivermos, idosos um dia (GODINHO, 2010, p. 1).

Todavia, destaca-se que na Declaração Universal de 1948, além dos direitos e garantias aplicáveis de forma igualitária a todos, há também um rol em razão da proteção dos indivíduos vulneráveis, sob os aspectos sociais, econômicos, físicos e biológicos.

Neste sentido, vejamos Mazzuoli (2015, p. 271):

> [...] o art. XXV da Declaração assegura que toda pessoa tem direito a um padrão de vida adequado às suas necessidades, nas quais se incluem alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Além desse amparo “geral”, mencione-se ainda o direito à segurança, cujos destinatários são todos os que se encontram em situação de desemprego, doença, invalidez, velhice, acometidos por doença ou por qualquer outra circunstância que possa implicar perda dos meios de subsistência.

Os direitos humanos possuem embasamentos em diversos ordenamentos jurídicos, tanto na questão global como na regional, sendo necessário apresentar a repercussão jurídica dessa temática no âmbito dos sistemas internacionais de proteção, além do seu reflexo na ordem interna brasileira.

Normativa internacional de proteção aos idosos

No plano global de proteção, não existem instrumentos jurídicos que padronizem os direitos dos idosos, portanto, os direitos dessa categoria de indivíduos vulneráveis não têm tido o destaque merecido no atual direito internacional público.

> No âmbito da ONU, o documento de destaque sobre o tema são os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas, que, entretanto, por se tratar de norma de ***soft law***, não comporta valor propriamente cogente para os Estados. Dividimos em quatro eixos, tais Princípios reconhecem às pessoas idosas os núcleos de proteção relativos à independência, à participação, à assistência e à realização pessoal. Apesar de não se tratar de norma de ***hard law***, tais princípios são vetores capazes de conduzir as atividades dos Estados no que tange à implementação e proteção dos direitos dos idosos. (MAZZUOLI, 2015, p. 271)

Portanto, os Princípios das Nações Unidas para Pessoas Idosas, enquanto *soft law*, não são tidas como fontes do Direito Internacional (NASSER, 2006) uma vez que o mesmo se constitui em uma ordem jurídica válida, constituída de normas cogentes destinadas a regular o comportamento dos seus sujeitos (essencialmente Estados e Organizações Internacionais). Nasser (2006, p. 24) conceitua as normas de *soft law* como:

> [...] regras cujo valor normativo seria limitado, seja porque os instrumentos que as contêm não seriam juridicamente obrigatórios, seja porque as disposições em causa, ainda que figurando em um instrumento constringente, não criariam obrigações de direito positivo ou não criariam senão obrigações pouco constringentes.

Neste contexto, a proteção específica aos idosos contido nos Princípios das Nações Unidas, não surtem efeitos cogentes por não obrigarem um Estado a cumpri-los. No que concerne ao objeto do trabalho, o artigo 17[3] desses Princípios estabelecem a proteção aos idosos contra a violência perpetrada contra os mesmos.

Nasser (2006, p. 25) também classifica as normas de *soft law* dentro das seguintes modalidades:

> 1. normas jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras; 2. normas que prevêem, para os casos de descumprimento, ou para a resolução de litígios delas resultantes, mecanismos de conciliação, mediação, ou outros, à exceção da adjudicação; 3. atos concertados, produção dos Estados, que não se pretende sejam obrigatórios. Sob diversas formas e nomenclaturas, esses instrumentos têm em comum uma característica negativa: em princípio, todos eles não são tratados; 4. as resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais, ou outros instrumentos por elas produzidos, e que não são obrigatórios; 5. instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas.

Deste modo, os Princípios encaixam na classificação de Nasser (2006, p. 25) uma vez que são "[...] resoluções e decisões dos órgãos das organizações internacionais, ou

3. 17. Os idosos devem ter a possibilidade de viver com dignidade e segurança, sem serem explorados ou maltratados física ou mentalmentes.

outros instrumentos por elas produzidos, e que não são obrigatórios".

No entanto, aos 28 de setembro de 2012, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, aprovou uma resolução de reconhecimento dos direitos humanos dos idosos, que fora proposta pelo Brasil e Argentina. (MAZZUOLI, 2015)

O contexto da resolução, versava sobre as dificuldades de implementação dos direitos dos idosos em plano global, determinando ainda as consultas públicas sobre a matéria e solicitando aos Estados que efetivassem tais direitos por meio de suas políticas públicas em razão da idade.

Quanto aos instrumentos de *hard law* componentes do sistema das Nações Unidas, deve-se destacar: "[...] de fato, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz apenas uma proteção implícita dos direitos dessa categoria de pessoas ao consagrar o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social (art. 9°.)" (MAZZUOLI, 2015, p. 272).

Dos três sistemas regionais de direitos humanos existentes, europeu, interamericano e africano, destaca-se a proteção que a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos dispensa às pessoas idosas ou incapacitadas, nos seguintes termos: "[...] as pessoas idosas ou incapacitadas têm igualmente direito a medidas especificas de proteção que correspondem às suas necessidades físicas ou morais. (art. 18, §4°)" (MAZZUOLI, 2015, p.274).

No momento em que esse documento fora elaborado houve grande contribuição para consagração dos direitos da pessoa idosa, sabendo-se que os direitos humanos e fundamentais estão em processo de reconhecimento e ampliação nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Levando em consideração a imperatividade do desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, além da urgência de efetividade desses direitos, o sistema interamericano de direitos humanos destacou a proteção dos direitos das pessoas idosas, no Protocolo de San Salvador, em seu art. 17.

Ante ao exposto, no contexto regional interamericano, a proteção especial na velhice, a alimentação e a assistência médica especializada para pessoas sem condições financeiras, à inclusão em programas trabalhista especiais, entre outros, estão preservados.

Forçoso admitir que, em que pese todos os direitos que foram assegurados, a violência contra o idoso não é reprimida pelo atual sistema internacional. Dessa forma, a violência quase sempre silenciosa, tende a se perpetrar se não anunciada. Não se trata aqui da frequência com que essa violência ocorre, mas se ela existe deve ser combatida, uma vez considerado o idoso como vulnerável.

PESSOAS LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRANSEXUAIS, TRAVESTIS, TRANSGÊNEROS E INTERSEXUAIS (COMUNIDADE LGBTI) COMO GRUPO VULNERÁVEL: A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO CONCEITO ESTABELECIDO AO SEGUNDO GRUPO OBJETO DE EXTENSÃO PROTETIVA

A Comunidade LGBTI tem sido vítima de discriminação e violência há vários anos permanecendo desta forma até os dias atuais. Esse fato chamou a atenção de organizações internacionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que reiterou "[...] sua preocupação com a situação de violência e discriminação contra pessoas LGBTI [...], instando os Estados-membros da OEA a adotarem medidas para prevenir, investigar e punir tais atos [...]" (MAZZUOLI, 2015, p.314).

A possibilidade de violência contra tal grupo, tolhe seus direitos como a dignidade da pessoa humana em seu desdobramento como o direito à liberdade sexual, o direito à liberdade de expressão, visto que demonstrações públicas de afeto são recriminadas, em geral, violentamente.

Há portanto um direito (dignidade da pessoa humana, liberdade sexual, liberdade de expressão) sendo tolhidas em virtude de uma característica (orientação sexual). Dessa forma, demonstrados dois pontos do conceito estabelecido.

Saindo do ambiente doméstico, na Uganda, ainda há leis que prevêem pena de prisão perpétua para os que mantiverem relação sexual com pessoa do mesmo sexo, ainda que a prática seja entre adultos e consentida. (MAZZUOLI, 2015)

No Brasil, não obstante não haja lei que proíba o ato de homossexualismo, "[...] não há qualquer norma expressa na Constituição sobre o direito à orientação sexual" (MAZZUOLI, 2015, p.312).

Entretanto, nota-se certo preconceito contido no Código Penal Militar como referência expressa à homossexualidade e à pederastia em seu artigo 235[4]. Tal foi o entendimento do STF que declarou, por unanimidade a inconstitucionalidade de tais termos na ADPF 291, em face dos preceitos fundamentais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do seu direito a opção sexual que lhe convier.

Desta forma, vê-se que diplomas normativos internos não prevêem o direito à livre orientação sexual, pelo contrário, discriminam veladamente tendências homossexuais. Por isso, em se tratando da origem de tal discriminação se dá em virtude de menor participação política ao não se ter uma previsão positivada, inclusive no âmbito internacional, como se verá a seguir.

4. **Pederastia ou outro ato de libidinagem**

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a um ano.

Normativa internacional de proteção à comunidade LGBTI

Como grupo vulnerável, a comunidade LGBTI não possui um Tratado específico no Sistema Especial de Proteção. No entanto, é possível utilizar-se de uma cláusula geral de não discriminação presente no art. 2 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos[5]. (MAZZUOLI, 2015)

Note-se que na segunda parte, tal artigo cita que a ausência de legislação deve ser resolvida pelos Estados Partes para a proteção dos direitos.

Mazzuoli (2015) cita ainda os Princípios de Yogyakarta que, embora normas de *soft law*, devem ser levados na condição de guia interpretativo para a interpretação das normas internacionais (*hard law*) assumidas pelo governo relativas à proteção dos direitos da comunidade LGBTI.

Tal normativa internacional encaixa na classificação de *soft law* proposta por Nasser (2006, p. 25) como incluída no grupo dos "[...] instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas".

Isso porque tal diploma não foi resultante de um pacto entre Estados, mas sim decorrente da conjunção de empenhos entre humanistas que se reuniram em Yogyarka, Indonésia em novembro de 2006.

Esta reunião contou com especialistas de 29 países objetivando estabelecer um instrumento norteador para a proteção para membros da comunidade LGBTI. Tal instrumento já foi reconhecido na jurisprudência pátria pelo STF, como será comentado no próximo capítulo.

---

5. ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetra por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

O GRUPO VULNERÁVEL DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES: A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONCEITO ESTABELECIDO AO GRUPO UNIVERSALMENTE CONSIDERADO

A infância e a juventude, enquanto estágios do desenvolvimento da pessoa têm despertado preocupação na sociedade internacional e do direito internacional público, principalmente pelo fato de as crianças e adolescentes representarem, 3.000.000.000 (três bilhões) de indivíduos em todo mundo. (MAZZUOLI, 2015)

Contudo, destacam-se como principais desafios a essa classe de indivíduos, este problemas:

> Como conseqüência, o reflexo dessa constatação na ordem social e econômica liga-se à maior suscetibilidade de pobreza, fome e marginalização, ao mesmo tempo em que impõe o dever do Estado de prestar maior assistência, especialmente no que tange à inclusão dos jovens na sociedade e no mercado de trabalho. Liga-se, ainda, às inúmeras violações de direitos perpetradas contra crianças e adolescentes, dentre as quais citam-se: o abuso sexual (estupro, assédio sexual, etc.); a pedofilia; a prostituição infantil; a exploração sexual infanto-juvenil; o trabalho ilegal; o trabalho escravo; a violência física (lesões corporais e morte); violência psicológica; a grave omissão quanto às necessidades básicas alimentares, de assistência á saúde e educação; a mutilação genital das meninas "mulçumanas" em ritual de passagem;o recrutamento de meninos nos conflitos armados; as mortes por discriminação de gênero (*v.g.*, as eliminações de bebês do sexo feminino ocorridas na China) etc. (MAZZUOLI, 2015, p.277)

A Assembleia Geral das Nações Unidas em 1946, criou o Fundo das Nações Unidas para a Infância (*United Nations Children's Fund*, em inglês – UNICEF), sobre o principal objetivo de apoiar transformações importantes para a infância e juventude nos Estados, visando a redução da mortalidade infantil, melhoria nas condições de ensino, saúde e higiene, prática de esportes, além de prevenir e combater a violência e a gravidez na adolescência.

Além disso, em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a garantir à maternidade e à infância do "direito a cuidados e assistência especiais", discriminando que: "[...] todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social (art. XXV, §2º)" (MAZZUOLI, 2015, p.278).

Portanto, podemos concluir que as crianças e adolescentes tem direitos tolhidos (dignidade sexual, abuso, direito à educação) em face a uma característica de sua personalidade (em primeiro plano a idade, mas também o que se depreende dela, vulnerabilidade psicológica, etc) que tem origem em sua baixa representatividade política, necessitando da proteção jurídica internacional, que se verá a seguir.

Normativa internacional de proteção às crianças e adolescentes

No plano internacional, a norma que inaugurou a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes fora a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança. Essa declaração ocorreu em 26 de setembro de 1924, sendo aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual reconheceu a necessidade especial de proteção às crianças (MAZZUOLI, 2015).

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças, adotada em 20 de novembro de 1959, foi, com certeza, o instrumento mais importante sobre o tema, naquela época. Esse instrumento detinha um notório conteúdo ético, moral e humanista, ao passo que reforçava as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em todas as esferas jurídicas, além disso, discriminava que em razão das condições de imaturidade física e metal daqueles, necessitavam de cuidados especiais, bem como proteção dentro do ordenamento jurídico.

Em 1966, os pactos de Nova York, sendo eles, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, acompanharam o crescente fortalecimento da ONU nessa sistemática de proteção as crianças e aos adolescentes (MAZZUOLI, 2015).

Neste contexto, o sistema regional interamericano veio enfatizando, expressamente, a proteção à criança e ao adolescente, no art. 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969[6] (MAZZUOLI, 2015).

Contudo, vale ressaltar que, embora a proteção às crianças e adolescentes pelos dispositivos já mencionados, seja uma realidade, o tema somente ganhou maior relevância e contornos a partir de meados de 1989, quando a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi adotada (MAZZUOLI, 2015, p.281).

Segundo a Convenção de 1989, crianças e adolescentes são conceituados como, respectivamente:

> [...] é todo ser humano com menos de 18 anos de idade, ai abrangidos os adolescentes, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes (art. 1º). Adolescente, por sua vez, conforme a medicina é todo ser humano que já apresenta sinais de sexualidade, que aparecem entre os 12 e 14 anos e terminam com a maioridade, normalmente entre os 18, 21 e até – antigamente – os 25 anos.

Segundo a UNICEF, são quatro os pilares que sustentam a Convenção sobre os Direitos da Criança, sendo estes relacionados com os direitos das crianças, quais sejam:

> **A não discriminação**, que significa que todas as crianças têm o direito de desenvolver todo o seu potencial (todas as crianças, em todas as circunstâncias, em qualquer momento, em qualquer parte do mundo);

6. Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado [...].

> **O interesse superior da criança** deve ser uma consideração prioritária em todas as ações e decisões que lhe digam respeito;
>
> **A sobrevivência e desenvolvimento** sublinham a importância viral da garantia de acesso a serviços básicos e à igualdade de oportunidades para que as crianças possam desenvolver-se plenamente;
>
> **A opinião da criança** que significa que a voz das crianças deve ser ouvi e tida em conta em todos os assuntos que se relacionem com os seus direitos. (Grifo nosso)

Diante disso, pode-se afirmar que os direitos humanos das crianças e dos adolescentes giram em torno da dignidade e do desenvolvimento integral da pessoa humana, consequentemente, garante a eles o direito a vida, a saúde, a educação, dentre diversos outros.

A Convenção, com o passar do tempo, fora complementada com dois outros protocolos, também ratificados pelo Brasil, sendo eles o Protocolo Facultativo à Convenção Sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil e o Protocolo Facultativo à Convenção Sobre os Direitos da Criança Relativos ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados.

Por fim, diante da criação dos referidos institutos, evidencia-se e reforça a missão que os Estados possuem de garantir a eficiência dos direitos humanos e combater todas as formas de violação que atentem contra os direitos das crianças e dos adolescentes. (MAZZUOLI, 2015, p. 282)

Interessante escolha de tal grupo vulnerável para esse estudo, se deu tendo em vista a Universalização da Convenção Internacional dos Direitos da Crianças, como bem assevera Vieira e Morais (2012, p.177):

> Um caso notável de universalização é a Convenção Internacional de Proteção dos Direitos das Crianças, de 1989, da qual 193 Estados são Partes. De certa forma, é possível afirmar que este texto representa um consenso, praticamente universal, sobre os direitos reconhecidos às crianças e aos adolescentes (apesar das reservas). Ainda que o texto por si só não transforme a realidade, é um primeiro passo importante para se projetar padrões de civilidade às novas gerações e definir uma gramática comum no aporte aos direitos humanos voltados à proteção da infância. No entanto, é o Estado nacional o responsável primário pela implementação dos referidos tratados internacionais de direitos humanos, cuja assimilação será problematizada a seguir.

Os autores defendem uma internacionalização dos direitos por meio dos direitos humanos. Dessa forma, a possibilidade de o intérprete e aplicador do direito ler um direito tendo como perspectiva a visão internacional sobre sua concepção, torna a interpretação mais susceptível de uma tradição universal de justiça. No quarto capítulo, será trabalhada a interpretação como possibilitadora do sistema homogêneo de proteção proposto neste trabalho.

Sobre a internacionalização do direito, Vieira e Morais (2012, p.177) concluem:

> A internacionalização do direito pela via dos direitos humanos disponibiliza aos operadores jurídicos um ferramental teórico-dogmático em condições de instrumentalizar o direito como vetor de transformação social ao alargamento da inclusão cidadã que propõe o modelo civilizatório brasileiro propugnado pela Constituição, a exemplo do sistema interamericano de direitos humanos. Deste modo, a internacionalização pode ocorrer no sentido do fortalecimento da identidade jurídica nacional ainda que ressignificando-a.

No entanto, a internacionalização proposta pelos autores só é possível a partir de um uma compreensão e aplicação progressiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por este motivo, passa-se a se estudar os impactos das normas internacionais de direitos humanos no sistema jurídico interno sob a ótica do Estado brasileiro.

O IMPACTO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE O SISTEMA JURÍDICO INTERNO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos[1] se torna hoje, juntamente com os Direitos Fundamentais positivados constitucionalmente, base irrevogável para consolidação de direitos e garantias historicamente conquistados pelos povos. A extensão da cobertura desses direitos e garantias atingem hoje qualquer ser humano.

Porém de que maneira o ordenamento jurídico interno absorveu tais instrumentos? Essa questão que será aqui estudada trata de inquirir sobre a concretização de tais direitos pelo cidadão de cada país. Tal concretização deve ser observada e garantida pelo estado que seja signatário de tal acordo. Nesse ponto, Melo (2009) retoma Hegel e explica o dever do estado como provedor da igualdade e do bem comum, não apenas como guardião da propriedade e da incolumidade física de seu povo:

> Foi Hegel quem, repropondo a questão sobre o poder intervencionista do estado, opôs-se frontalmente a Adam Smith, e, mesmo reconhecendo que a sociedade civil assenta o que resta do estado de natureza , sobretudo o individualismo e o interesse egoístico das pessoas , conclui que só o Estado é agente provedor da igualdade e do bem comum , não podendo , por conseguinte ter sua atuação limitada a proteção e segurança da vida, da liberdade, e da propriedade das pessoas.

Tem-se no paradigma de estado um garantidor dos direitos internacionalmente positivados. No Brasil em 1988, com a entrada em vigor da Constituição Federal, se estabelece um paradigma de Estado Democrático de Direito, pois já em seu art. 1º, afirma que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado democrático de direito”* (BRASIL, 1988).

Como bem observa Afonso da Silva (2002, p. 123) “[...] a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito” e continua:

> Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do ***status quo***. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a constituição aí já o está proclamando e fundando.

1. utiliza-se essa denominação por seu caráter especial dentro do Direito Internacional Público como estudado alhures

No caso de mecanismos convencionais como os tratados de direitos humanos o não cumprimento do Estado gera responsabilização do país em caso de descumprimento. A responsabilidade do Estado de reparar o dano nas violações de direitos humanos pode se dar, segundo Ramos (2004) com a *restitutio integrum* sempre que possível; cessação do ilícito, nos casos de ato positivo do Estado; a satisfação, que pode ser feita com a declaração da ilicitude, manifestação de pesar e desculpas, bem como o pagamento de somas simbólicas e os *punitives damages*; a indenização; e as garantias de não-repetição que se traduz no dever do Estado de investigar e punir.

Em se tratando de mecanismos não-convencionais, tendo em vista o Conselho de Direitos Humanos, o impacto se dá com relatórios das Nações Unidas sobre a situação vigente no país. No caso do Brasil, já houve a visita de relatores temáticos da ONU, Mazzuoli (2015, p.129) destaca os mais emblemáticos:

> a) relativa à violência contra a mulher (1996); b) relativa à tortura (2000); c) relativa ao direito à alimentação (2002); d) referente às crianças e à prostituição infantil (2003); f) referente ao direito ao desenvolvimento (2004); g) referente ao direito à moradia (2004); h) referente à independência dos juízes e advogados (2004); h) sobre formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e outras formas de intolerância (2005); i) referente à situação dos defensores de direitos humanos (2005); e j) sobre execuções extrajudiciais sumárias ou arbitrárias (2007).

Ambas as situações serão estudadas a seguir com o foco nos grupos vulneráveis previamente definidos. Por esse motivo entraremos agora no estudo de como a ordem internacional influencia o sistema jurídico interno brasileiro.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO INTERNACIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) além de ser um marco jurídico no sistema democrático nacional também foi a primeira a trazer um sistema que permite a integração entre a ordem nacional e internacional. Por esse motivo, a influência dos mecanismos internacionais na ordem interna é algo extremamente novo e portanto a discussão quanto ao *status* desta norma ainda segue atual.

Para Piovesan (2013, p.76) o Direito Internacional dos Direitos Humanos não deve ser tratado como o Direito Internacional público em geral:

> Enquanto este busca tradicionalmente disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos objetiva garantir o exercício dos direitos da pessoa humana.

Mostra-se pacífico tal entendimento na doutrina e dele comungamos por razões

inclusive sistemáticas encontradas no texto constitucional em que os tratados internacionais que criem ou modifiquem direitos fundamentais, portanto de direito público, estão previstos no §2º do artigo 5º da CRFB (BRASIL, 1988).

Essa tendência de abertura progressiva ao sistema internacional é comentada por Canotilho (1993, p.18):

> As constituições, embora constituem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ("estratégias internacionais", "pressões concertadas") e de normas oriundas de outros "centros" transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias ("associações internacionais", "programas internacionais").
>
> A globalização internacional dos problemas ("direitos humanos", "proteção de recursos", "ambiente") aí está a demonstrar que, se a "constituição jurídica do centro estadual", territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estrutura básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (hard law), ou mais ou menos flexíveis (soft law), progressivamente forjados por novas "unidades políticas" ("cidade mundo", "Europa comunitária", "casa européia", "unidade africana").

Em linha diversa, quando o texto constitucional se refere a Tratados Internacionais de Direitos Humanos há menção no §3º do artigo 5º da CRFB, admitindo uma especificação para *status* diferenciado destes.

A diferenciação entre direitos fundamentais e os direitos humanos pode ser descrita com o seu documento de origem. Enquanto os direitos humanos estão previstos no plano internacional, os direitos fundamentais encontram-se positivados internamente. Válido consignar o conceito de Mata Diz e Oliveira (2011, p.283):

> A expressão direitos humanos é, geralmente associada à idéia de homem, cujo conceito esta atrelado a racionalidade, ou seja ao uso das categorias da razão que despertam no homem a sua humanidade, e o diferencia do mundo da natureza, das coisas.Já os direitos fundamentais são desdobramentos dos direitos humanos, passando a nortear e conferir legitimidade a ordem jurídica e estatal posta.

Antes, porém, há que se ater ao fato de que ao entrar no ordenamento jurídico a norma de direito internacional fará parte do sistema jurídico posto. Sendo assim, poderão ocorrer colisões entre normas internacionais e internas que deverão ser resolvidas. Nas lições de Bobbio (1982, p.80):

> Um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, 'sistema" equivale a validade do princípio, que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento tem um

> certo relacionamento entre si, e este relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica na exclusão da incompatibilidade.

Dessa forma, mister se faz entender onde, no ordenamento jurídico, se aloca tais normas de direito internacional. Busca-se aqui entender o status jurídico dos referidos mecanismos de proteção estabelecidos no capítulo anterior tendo em vista o caráter especial, em relação ao Direito Internacional Público, dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), introduziu no ordenamento jurídico princípios que se tornaram basilares em nossa legislação. Princípios que surgiram ao final da segunda guerra mundial como uma reação as atrocidades cometidas durante aquele período e que nortearão os valorares que servirão de base para a interpretação de toda legislação brasileira.

Busca-se aqui um exame, sobre a incorporação e efetividade do sistema normativo de proteção internacional de direitos humanos a legislação pátria e sua aplicação aos indivíduos sujeitos de direito.

Surgiram, então, três correntes teóricas para explicar o *status* hierárquico em que os tratados internacionais de direitos humanos se incorporaram ao ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira delas estabelece que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil tem *status* de norma legal.

Seguindo este raciocínio, seria aplicado aos tratados internacionais todo procedimento aplicável as leis federais, pois esses estariam posicionados no mesmo nível de hierarquia jurídica dentro de nosso ordenamento.

Tal posicionamento da preferência a seu direito interno ao internacional. A constituição aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Coaduna-se a crítica de Mazzuoli a estados que não seguem normas ratificadas pelo mesmo com base em seu direito interno (2006, p. 291):

> A atuação do Parlamento tem, portanto, um papel primordial de respeito para com as normas internacionais ratificadas pelo Estado, as quais prevalecem sobre a legislação ordinária interna e têm de ser respeitadas pelo Poder Legislativo, sem que isso signifique, em absoluta, o impedimento de sua atividade político-jurídica consistente na função de legislar. Nenhum Estado pode fugir ao cumprimento de suas obrigações internacionais, quase sempre contraídas as duras penas no plano internacional, sob pretexto de violação de seu Direito interno.

O Supremo Tribunal Federal havia firmado tal entendimento de que tratados internacionais encontram-se alocados no mesmo patamar jurídico das leis federais. Sendo-lhes aplicáveis o *princípio de que norma posterior revoga a norma anterior quando com ele é incompatível.*

> Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal, com base nesse raciocínio, acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal. Com efeito, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os tratados internacionais estão em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. Por consequência, concluiu ser aplicável o princípio segundo o qual a norma posterior revoga norma anterior com ela incompatível" (PIOVESAN, 2013.p.120).

Destaca-se o posicionamento contrário defendido por Piovesan (2013.p.120), que busca embasamento no disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado.

Conforme (PIOVESAN, 2013, p.121), tal conduta por parte do Estado que deixa de cumprir o disposto na convença de Viena, traduz-se em ofensa ao princípio da boa-fé, segundo o qual cabe aos Estados cumprir fielmente as disposições assentidas pelos mesmos quando da anuência em tratados internacionais.

Ainda nos dizeres da autora (PIOVESAN, 2013, p.124) o direito brasileiro, optou por um sistema misto disciplinador de tratados que se caracteriza por regimes jurídicos diferentes sendo que um é aplicável aos tratados de direitos humanos e o outro aplicável às demais espécies de tratados tradicionais. Os tratados de direitos humanos teriam hierarquia constitucional enquanto os demais tratados internacionais se equiparam as normas infraconstitucionais.

Este entendimento buscou fundamento no artigo 102, II, b da Constituição Federal conforme discorre Piovesan:

> Observe-se que a hierarquia infraconstitucional dos demais tratados internacionais é extraída do art. 102, III, b, da Constituição Federal de 1988, que confere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, "as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. (PIOVESAN, 2015 p.118)

Interessante adicionar à crítica feita por Piovesan, que o entendimento de Tratados Internacionais com status de normas internas legais viola, além do Direito Internacional dos Direitos Humanos o próprio Direito dos Tratados, estabelecido como cláusula de não utilização de direito interno para imiscuir um Estado do cumprimento de um Tratado

Internacional. Tal regra encontra-se positivada no artigo 27 da CVDT[2], que comentado por Macedo (2011, p.191):

> Uma das regras mais aceitas de direito internacional, que remonta ao Caso Alabama de 1876, é a de que as disposições de direito nacional não podem prevalecer sobre as de um tratado. Ao contrário, a parte de um tratado se obriga a assegurar que os seus órgãos de direito interno executem as provisões ali dispostas.

O segundo entendimento que sustenta parte da doutrina é de que, os tratados de proteção de direitos humanos teriam um patamar supralegal. Sua alocação seria abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais leis do ordenamento pátrio.

Esta posição restou-se firmado pelo STF pós Recurso Extraordinário n. 466.343/2008:

> Na esfera doméstica, merece menção a consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de conferir aos tratados internacionais de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto dos tratados tradicionais, baseado na supralegalidade dos tratados de direitos humanos6. Verificou-se, assim, o impacto e a força catalizadora do ***leading case*** Recurso Extraordinário n. 466.343/2008 a compor um novo norte interpretativo aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Percebeu-se, ainda, maior abertura desta Corte aos parâmetros protetivos internacionais, com a gradativa incorporação de instrumentos e jurisprudência internacionais em suas decisões. (PIOVESAN, 2015 p. 25)

Para Ramos (2014, p.373) essa teoria foi na verdade uma posição conciliatória entre a posição dominante no STF de status legal, com o status de norma constitucional guerreado pela doutrina internacionalista:

> Para conciliar a visão majoritária do Supremo Tribunal Federal de ***estatura equivalente a mera lei ordinária federal*** com a visão doutrinária de natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, o então Ministro Sepúlveda Pertence, em ***passagem na fundamentação do seu voto*** no Recurso em Habeas Corpus n. 79.785-RJ, sustentou que deveríamos "aceitar a outorga de ***força supralegal*** às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes". Essa posição conciliatória de Pertence em 2000 (tratados de direitos humanos ficariam acima das leis e abaixo da Constituição) não logrou inicialmente apoio no STF até a aposentadoria do Ministro (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, ***DJ*** de 22-11-2002). (Grifos no original)

A terceira teoria figura no mesmo patamar das normas constitucionais, não sendo possível sua revogação por lei ordinária, além de possuírem aplicação imediata. Este seria o posicionamento do constitucionalismo contemporâneo.

---

2. Artigo 27
Direito Interno e Observância de Tratados
Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

> De fato se a constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais "em que a Republica Federativa do Brasil seja parte"é porque ela própria esta a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil "se incluem no nosso ordenamento jurídico interno , passando a ser considerado como se escrito na Constituição estivessem.(MAZZUOLI, 2015, p. 206)

Seguindo este entendimento é possível compreender que o bloco de constitucionalidade, ao incorporar outros direitos e garantias, provenientes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, terá seu conteúdo ampliado (MAZZUOLI, 2015, p. 207). Piovesan se orienta na mesma direção:

> Ora, ao prescrever que "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais",a contrario sensu, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. (PIOVESAN, 2013, p. 113).

Ao serem introduzidos em nossa legislação mediante tratados internacionais, os direitos internacionais adquirem natureza de norma constitucional. Pode-se chegar a esta conclusão utilizando-se de uma interpretação sistemática e teleológica do texto considerando como parâmetros de valoração, direitos fundamentais e valor da dignidade humana em sua força expansiva (PIOVESAN, 2013, p. 113).

Há que se ater a outro aspecto que aponta para a mudança legislativa trazida com a aprovação da E.C. 45/2004 (BRASIL, 2004).

Objetivando pacificar os entendimentos controversos existentes, através da Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, acrescentou-se ao art.5º da Constituição um parágrafo subseqüente conforme se segue: "§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais." (BRASIL, 2004)

Com o novo tratamento legislativo, a doutrina de Direito Internacional de Direitos Humanos entendeu que haveria tratados formalmente constitucionais e materialmente constitucionais.

Em uma análise técnica os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil já possuem status de norma constitucional. Pois os direitos e garantias já expressos não excluem, outros que porventura o Brasil venha a ser signatário. E se a Constituição brasileira não os exclui, significa que ela os incorpora em seu rol de garantias. (MAZZUOLI, 2015).

Podemos concluir que os tratados internacionais que tratem de direitos humanos possuem status hierárquico constitucional em razão da matéria, o que os torna materialmente constitucionais.

Os tratados de direitos humanos que forem submetidos ao quorum especial estabelecido no §3º passariam a ter eficácia tanto material quanto ou formalmente constitucional.

> O que se deve entender é que o quorum que o §3º. do art.5º estabelece serve então somente para atribuir eficácia constitucional formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já tem em virtude do §2º art. 5º da Constituição (MAZZUOLI, 2015 p. 217)

No entendimento de Piovesan (2013 p. 137), os tratados que abordem os temas de direitos humanos, que o Brasil ratificou antes da Emenda Constitucional 45/2004, são materialmente e formalmente constitucionais. Porém os tratados posteriores, por força dos §3º do art. 5º para se constituírem formalmente constitucionais devem se submeter ao rito estabelecido neste dispositivo.

> Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu quorum de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º. (PIOVESAN, 2013, p. 137).

Antes de inaugurarmos a análise das legislações a seguir, mister se faz esclarecer o corte epistemológico feito de propósito. Objetiva-se como questão central do trabalho se há a possibilidade ou não de extensão de efeitos jurídicos de um grupo vulnerável a outro. No entanto, apesar de se partir do contexto geral, a proteção que se objetiva estudar é a da vítima de preconceito em razão de sua vulnerabilidade.

O conceito a ser tratado está intrinsecamente ligado ao campo da coação ao indivíduo que discrimina um grupo vulnerável, ou seja, quando alguém poderá ser punido de forma mais grave ao cometer um crime vitimando um vulnerável. Além disso, considerando que há características comuns entre os grupos vulneráveis, há uma correlação entre eles o suficiente para propor uma proteção conjunta. Especificando ainda mais, objetiva-se saber se é possível a extensão de uma proteção processual penal ou materialmente penal quando a vítima for mulher para quando a vítima for idoso, ou adolescente por exemplo.

Dado o explicado, claro que a escolha da legislação protetiva não será aleatória, mas voltada para o objetivo buscado ao final. Por tanto, nos ateremos em normas e precedentes jurídicos em que se defende a discriminação e/ou a violência contra vulneráveis, deixando

de lado legislações como a defesa de direitos civis, acesso à justiça e ao mercado de trabalho entre outros. Não se trata de assuntos mais ou menos relevantes para o cidadão, nem tão pouco de descaso com outras áreas, simplesmente escolha metodológica para se manter condizente com o objeto do estudo.

A PROTEÇÃO DA MULHER

A Constituição Federal apregoa em seu art. 5º que homens e mulheres são iguais perante a lei, possuindo os mesmos direitos e obrigações. Porém na prática é cediço que as mulheres ainda sofrem com uma série de problemas no ambiente doméstico, nas relações afetivas e até mesmo nas relações de trabalho. É nesse contexto que as barreiras culturais tem se mostrado mais fortes que as leis criadas no ordenamento jurídico brasileiro. Para corrigir essa distorção, se fez necessário que leis criar condenam o tratamento abusivo às mulheres, como por exemplo a lei 11.340/06 e a recente 13.104/15.

A doutrina é uníssona ao reconhecer como marco da proteção da mulher o caso da farmacêutica, Maria da Penha, que diante da omissão legislativa do Brasil, se viu obrigado a regulamentar a proteção da mulher contra a violência doméstica através da Lei Maria da Penha, n. 11.340/06, nas palavras de Bastered (2011, p.16): "O caso Maria de Penha Fernandes foi *exemplo* da capacidade de organizações de direitos humanos e feministas de levarem para a alçada internacional da OEA a denúncia de violação de direitos humanos" (Grifo nosso).

Para Ramos (2014, p.474): "O *combate penal* à violência contra a mulher foi reforçado pelo importante precedente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso brasileiro 'Maria da Penha Maia Fernandes'" (Grifos no Original). Na mesma linha, anunciando a importância de tal lei, tem-se Mazzuoli (2015), Piovesan (2013) e Campos (2011). Outros exemplos do vasto material bibliográfico será posteriormente trabalhado.

Ressalte-se que, mais especificamente no que se refere ao direito de proteção à mulher o Brasil, Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, foi omisso, possibilitando que as entidades internacionais apreciassem um fato concreto, conhecido como caso da Maria da Penha, no qual originou a Lei interna Maria da Penha, que entre outros objetivos veio para assegurar o direito de proteção à mulher contra a violência doméstica.

Maria da Penha foi vítima de uma tentativa de homicídio dado por seu marido. Na madrugada de 28 de maio de 1983, Marco simulou um teatro enquanto a vítima estava dormindo, se ferindo propositadamente no ombro (ao que tudo indica com uma faca) e simulando uma luta contra supostos invasores na casa do casal. Maria da Penha levou um tiro que a deixou paraplégica. Mesmo com a história contada pelo autor tendo vários furos

o mesmo permaneceu em liberdade e morando com a vítima. Segundo a vítima, uma vez o autor lhe disse que daria banho na mesma e tentou novamente o homicídio, dessa vez tentando eletrocutá-la. (FERNANDES, 2014)

O autor somente foi julgado e condenado pelo júri popular em 4 de abril de 1991, oito anos após a consumação do crime, porém foi apresentado recurso que julgado no ano seguinte, em maio de 1992, acarretou na anulação do julgamento, fundamentada na má formação dos quesitos propostos ao corpo de jurados. O autor então esperou por novo julgamento em liberdade, sendo novamente condenado em 2002, ficou 2 anos preso. Solto em 2004, hoje se encontra em liberdade.

Em 1998, Maria da Penha, em parceria com o Centro para a Justiça e o Direito Internacional, CEJIL, e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, CLADEM, enviou o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), protestando contra a morosidade da justiça brasileira em relação ao processo.

A CIDH publicou em abril de 2001 um relatório da OEA que citava o Estado brasileiro como responsável pela violação de direitos humanos no que se refere à violação do direito à justiça previsto artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem[3]; às garantias judiciais previstas artículo 8 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e à proteção judicial artigo 25 da CADH[4]; igualdade perante a lei previsto no artigo 24[5] da CADH e artigo II[6] da DADDH; e Artigo 7 da Convenção de Belém do Pará[7].

3. Artigo XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. (DADDH, 1948)

4. Os artigos XVIII da Declaração e 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelecem para cada pessoa o direito de acesso a recursos judiciais e a ser ouvida por uma autoridade ou tribunal competente quando considere que seus direitos foram violados, e reafirmam o artigo XVIII (Direito à justiça) da Declaração, todos eles vinculados à obrigação prevista no artigo 1.1 da Convenção. (CIDH, 2001)

5. Artigo 24. Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (CADH, 1969)

6. Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra. (DADDH, 1948)

7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção. (Convenção de Belém

Neste instrumento, a CIDH recomendou ao Estado brasileiro entre outras medidas a adoção de instrumentos que evitem a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres, sendo destacáveis para o nosso trabalho "Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;" e "O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;" (CIDH, 2001).

Diante dessas duas recomendações, foi criada em 2006 a Lei 11.340/06, denominada informalmente como Lei Maria da Penha em homenagem à farmacêutica que deu visibilidade internacional à violência doméstica no Brasil, que visa coibir a violência doméstica, familiar e de gênero contra a mulher, nos termos dos Tratados Internacionais supra citados.

Não se dará destaque à análise da constitucionalidade da Lei 11.340/06, pois no campo doutrinário tal questão já se encontra pacificada. Mesmo que por vezes se insista em proclamar a inconstitucionalidade de tal legislação, como comenta sarcasticamente Streck (2011):

> A Lei Maria da Penha, não obstante estar há tantos anos em vigência, ainda não consolidou uma tradição acerca de sua interpretação/aplicação. Há casos, inclusive, de juízes que a consideram inconstitucional, como o ocorrido, recentemente, em Minas Gerais, fato que resultou no afastamento do julgador do caso pelo CNJ, decisão que, no entanto, foi posteriormente revertida por decisão monocrática do STF. Mas, deixando o folclore de lado, ainda há questões sérias a serem debatidas em torno do assunto. Há de se convir que, em um universo jurídico dominado por uma imaginário masculino, uma lei que visa à proteção da mulher (violência de gênero) gera(rá) interpretações controversas. Isso é inexorável. Nesse sentido, abordarei, brevemente, três pontos considerados ainda pendentes no âmbito aplicativo da assim denominada Lei Maria da Penha.

Para fins metodológicos, apenas iremos estudar três dos mecanismos protetivos presentes na legislação em comento. Deixaremos de considerar a questão da competência processual para crimes de violência doméstica, visto que não se coaduna especificamente com o objetivo do trabalho em pauta. Os três principais mecanismos de proteção da mulher trazidos são: a criação de uma qualificadora mais gravosa para a lesão corporal em razão de violência doméstica[8]; a previsão de medidas protetivas de urgência em favor da ofendida

do Pará, 1994)

8. Art. 44. O art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 129..

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

de caráter pessoal[9] e patrimonial[10]; e o afastamento da aplicabilidade, independente da pena cominada ao crime praticado, da lei 9.099/1995.[11]

Outra legislação que garante a proteção dos direitos humanos das mulheres, a lei 13.104/15, trata, finalisticamente, da criação de uma nova qualificadora do crime de homicídio contra mulheres por razões da condição de sexo feminino. Em 9 de Março de 2015 foi sancionada a lei que introduz no direito brasileiro o conceito de feminicídio. Antes mesmo de entrar em vigor, tal legislação já fora alvo de críticas, tais como “Ao tratar o homicídio perpetrado contra mulher (feminicídio) mais severamente do que o cometido contra o homem, o projeto está dizendo que a vida da mulher vale mais que a do homem” (YAROCHEWSKY, 2014).

Essa posição, entende que a atual legislação sobre o tema (à época projeto de lei) seria inconstitucional pois estaria violando o princípio constitucional da igualdade nos termos em que “Está tratando bens jurídicos idênticos (vida humana) de maneira desigual. Isto, além de violar a Constituição, pode se transformar em perigosa e odiosa forma de discriminação” (YAROCHEWSKY, 2014).

Essa lei trata de três partes a serem analisadas: a criação da qualificadora do feminicídio e sua hipótese de incidência; a criação de causas de aumento de pena específicas

---

....

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.”

9. Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:
I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;
II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.
Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
IV - determinar a separação de corpos.

10. Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:
I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;
II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;
III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;
IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

11. Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

para casos de homicídio qualificado por feminicídio; por último, como conseqüência lógica por ser homicídio qualificado, a inserção do feminicídio no rol dos crimes hediondos.

O fato de ser crime hediondo não nos traz maiores considerações, visto que todas as outras formas qualificadas do tipo penal de homicídio são assim consideradas. O grande avanço da lei 13.104/15 foi tirar a violência contra mulher do âmbito doméstico e admitir a proteção no caso de violência por motivo de gênero. Isso permitiu, como se verá no próximo capítulo, uma discussão em como a locução deve ser encarada.

As causas de aumento de pena vem para punir com rigor maior quem comete o crime de feminicídio contra gestante ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima. Todas essas circunstâncias são proporcionais com a legislação penal, bem como posta os tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte, para que se proteja de maneira mais enérgica as crianças e adolescentes, os idosos, as pessoas com deficiência entre outros grupos vulneráveis (MAZZUOLI, 2014).

O que se tem a considerar é a criação de critérios diferenciados para a penalização do autor de feminicídio. O que Yarochewsky (2014) indaga no trecho citado é se não haveria quebra do princípio da igualdade ao se tratar de vítima mulher.

O citado não procede. Isso porque não se trata de uma qualificadora simplesmente se a vítima for mulher, mas é necessário que o motivo do crime seja uma questão de gênero feminino, como preleciona Alice Bianchini e Luiz Flavio Gomes:

> Perceba-se que o legislador não trouxe uma qualificadora para a morte de mulheres. Se fosse assim bastaria ter dito: “Se o crime é cometido contra a mulher”, sem utilizar a expressão “por razões da condição de sexo feminino”.
>
> Uma vez esclarecido que a qualificadora não se refere a uma questão de sexo (categoria que pertence à biologia), mas a uma questão de gênero (atinente à sociologia, padrões sociais do papel que cada sexo desempenha) convém trazer algumas considerações sobre o assunto.
>
> De acordo com a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”, “a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”. Também ela “constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.”.
>
> A violência de gênero envolve uma determinação social dos papéis masculino e feminino. Toda sociedade pode (e talvez até deva) atribuir diferentes papéis ao homem e à mulher. Até aí tudo bem. O problema? O problema ocorre quando a tais papéis são atribuídos pesos com importâncias diferenciadas. No caso da nossa sociedade, os papéis masculinos são supervalorizados em detrimento dos femininos. (BIANCHINI; GOMES, 2015)

Não obstante poucas manifestações contrárias, a lei está em vigor, considerada constitucional para a maioria da doutrina brasileira e representa um avanço legislativo nos padrões protetivos conseguidos inicialmente pela lei Maria da Penha.

A PROTEÇÃO DO IDOSO

O direito de envelhecer com saúde e dignidade certamente apresenta-se possível para a maioria das pessoas no atual estágio da sociedade mundial. A lei 10.741/03, popularmente conhecido como Estatuto do Idoso, trouxe proteção a pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos com institutos do direito civil, administrativo e penal.

Tal legislação pátria está de acordo com os Princípios das Nações Unidas para as Pessoas Idosas, que embora não se constitua em *hard law*, institui diretrizes para a concessão de direitos como independência, participação, assistência, realização pessoal e dignidade.

Apesar de pouco protegido pelo ordenamento internacional, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 230, discrimina acerca do tema. Vejamos: “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 1988).

Diante do exposto nesse artigo, podemos observar que o ordenamento jurídico brasileiro, ao perceber o envelhecimento da população, tomou uma atitude proativa, salvaguardando as pessoas idosas em seus direitos, impondo à família, à sociedade e aos Estado responsabilidades no tocante à sua proteção.

Além da garantia de prioridade, a legislação proporciona aos idosos outros direitos, observemos: [...] envelhecimento sadio e livre de quaisquer forma de violência ou discriminação; prestação alimentar nos casos previstos em lei; assistência social; acesso universal e igualitário no Sistema Único de Saúde (SUS); inclusão em atividades culturais e educacionais, inclusive para profissionalização.

Portanto, podemos afirmar que o ordenamento brasileiro assim como os demais ordenamentos jurídicos existentes em outras nações, procuram efetivar garantias necessárias aos idosos, como forma de proteção àqueles seres mais vulneráveis.

Os institutos penais de proteção a vítimas idosas encontram-se nos artigos 93 e seguintes da lei 10.741/03. Tal legislação, conhecida como Estatuto do Idoso, nesta parte final se constitui de uma *novatio legis* incriminadora, pois prevê crimes praticados contra pessoas idosas.

Encontra-se neste rol os seguintes crimes todos praticados contra pessoa idosa:

discriminação no artigo 96[12]; omissão de assistência no artigo 97[13]; abandono em hospitais no artigo 98[14]; exposição à perigo no artigo 99[15]; obstar o acesso a cargo público por motivo de idade; negar emprego ou trabalho; recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde; descumprir, retardar ou frustrar a execução de ordem judicial expedida na ação civil deste estatuto; recusar, retardar ou omitir dados técnicos requisitados pelo Ministério Público esses últimos previstos no artigo 100[16].

Ocorre que, a maioria desses crimes, como se nota, prevêem penas máximas inferiores a dois anos, o que faz com que a maioria seja abarcada pela lei 9.099/95 possibilitando ao agressor da pessoa idosa todo o arcabouço garantista deste diploma legal.

Não se está a advogar a favor de um Direito Penal menos garantista, ocorre que o dever de investigar e punir os autores de violência contra grupos vulneráveis, constituem valorosa ferramenta na garantia de não repetição de tal violação. Neste sentido Ramos (2004, p.293):

> A questão da investigação e punição enquanto reparação específica de direitos humanos aponta para a necessidade de prevenção de futuros abusos. Como se sabe, uma sociedade que esquece suas violações presentes e passadas de direitos humanos está ***fadada a repeti-las***. (Grifo nosso)

Dessa forma, entende-se que, não obstante exista tipos penais específicos para proteção do idoso de maneira específica, não há instrumentos de processo penal que possibilitem uma resposta imediata punitiva ao violador dos direitos humanos dos idosos.

---

12. Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade:
    Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.
13. Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:
    Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa
14. Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:
    Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.
15. Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:
    Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.
    § 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:
    Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
    § 2º Se resulta a morte:
    Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.
16. Art. 100. Constitui crime punível com reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa:
    I – obstar o acesso de alguém a qualquer cargo público por motivo de idade;
    II – negar a alguém, por motivo de idade, emprego ou trabalho;
    III – recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa, a pessoa idosa;
    IV – deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;
    V – recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Os mecanismos de política criminal previstos na lei 9.099/95 como a impossibilidade da prisão em flagrante, a ação pública condicionada a representação nos casos de lesão corporal e os institutos despenalisadores como a transação penal e a suspensão condicional do processo, mostram-se como instrumentos de impunidade tal como o que foi visto antes da Lei Maria da Penha no caso das mulheres.

Outro ponto a se destacar quanto aos crimes tipificados no Estatuto do Idoso, é que eles não se referem à proteção contra lesões físicas dolosas, se focando principalmente na discriminação do idoso em atos da vida civil, como nas relações de trabalho. Tal fato, pode ter se revelado por uma propensão maior desta vulnerabilidade na vida cotidiana.

> A idade tem sido motivo de discriminação, mormente no que tange às relações de emprego. Por um lado, recusa-se emprego a pessoas mais idosas, ou quando não, dão-se-lhes salários inferiores aos demais trabalhadores. Por outro lado, paga-se menos a jovens, embora para a execução de trabalho idêntico a homens feitos. A Constituição traz norma expressa proibindo diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de idade (7°, XXX). À vista desse texto fica interditado estabelecer idade máxima para o ingresso no serviço, como tem ocorrido até agora (SILVA, 2005, p. 225).

Entretanto, não obstante a violência física contra idosos não ser tão comum quanto a praticada contra mulheres, ou pelo menos não tão aparente, tal fato não permite uma diferenciação no modo de tratamento pela legislação. Entende-se que a proteção deve ter em vista o abuso do agressor contra o vulnerável e a reprovabilidade de tal fato, mesmo que tal violência não tenha correspondência quantitativa.

A PROTEÇÃO DOS MEMBROS DA COMUNIDADE LGBTI

No Brasil, não existe na Constituição Federal qualquer dispositivo que proteja especificamente a orientação sexual. Torna-se possível, porém a utilização do Art. 3º parágrafo IV para estender essa proteção: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (MAZZUOLI, 2015). Quanto a isso, assevera Silva (2005, p.224):

> A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, ma não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual*, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores,

> que têm servido de base para desequiparações e preconceitos. (Grifos no Original)

No mesmo sentido não há crime previsto no Código Penal por discriminação em virtude da orientação sexual ou identidade de gênero. Em suma, a violência perpetrada contra a comunidade LGBTI não goza de punição especial. De fato, a única menção legislativa federal de proibição à discriminação em razão da orientação sexual encontra-se na lei 9612/98 que institui o sistema de radiofusão comunitária.[17]

Tal omissão legislativa faz com que a proteção de tal grupo seja tomada por mecanismos gerais de proteção.

Ocorre que, como grupo vulnerável, tal proteção deve levar em conta suas peculiaridades, como a possibilidade de sofrer violência doméstica ou de gênero, tendo em conta sua vulnerabilidade. O vício de vontade que os privam de procurar providencias contra seu agressor ao se submeter a ele por motivos emocionais.

Contudo, o STF já citou o instrumento de *soft law*, conhecido como Protocolo de Yogyakarta na ementa do recurso extraordinário 477.554 (525), porém para o reconhecimento de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Tal instrumento possui grande valor no combate à violência contra grupos vulneráveis dado sua densidade protetiva, como será futuramente estudado.

A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A proteção à criança e ao adolescente deve ser pauta indispensável do Estado Democrático de Direito não há um grupo organizado, composto pelos próprios vulneráveis, que os protejam. Dessa forma, a violência perpetrada não fosse por instituições como o UNICEF, permaneceria silenciosa.

> Crianças, como é natural para sua idade e desenvolvimento incompleto, tendem a se calar perante o sofrimento e raramente organizam-se em grupos de pressão na luta por seus direitos. O fato de não terem elas relevância na produção econômica também é um perverso fator a ser considerado, já que qualquer perda ou diminuição de suas habilidades não refletirá nos indicadores econômicos do país a curto prazo. (Dellore, 2007 p.72)

O maior impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos na proteção a crianças e adolescentes foi a superação da lacuna legislativa presente sobre a definição de tortura contra criança e adolescente:

---

17. Art. 4º As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios:
[...]
IV - não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias.

> O Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda permite, em determinadas hipóteses, o preenchimento de lacunas apresentadas pelo Direito brasileiro. A título de exemplo, merece destaque decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da existência jurídica do crime de tortura contra criança e adolescente, no ***Habeas Corpus*** n. 70.389-5 (São Paulo; Tribunal Pleno — 23.6.1994; Relator: Ministro Sydney Sanches; Relator para o Acórdão: Ministro Celso de Mello). Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal enfocou a norma constante o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece como crime a prática de tortura contra criança e adolescente. A polêmica se instaurou dado o fato de essa norma consagrar um "tipo penal aberto", passível de complementação no que se refere à definição dos diversos meios de execução do delito de tortura. Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal que os instrumentos internacionais de direitos humanos — em particular a Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), a Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formada no âmbito da OEA (1969) — permitem a integração da norma penal em aberto, a partir do reforço do universo conceitual relativo ao termo "tortura"93. Note-se que essa decisão, proferida em 1994, foi anterior à edição da Lei n. 9.455 de 7 de abril de 1997, que define e pune os crimes de tortura. (Piovesan, 2013, P. 153)

Em âmbito interno, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8069/90, prevê, entre outras medidas de proteção, crimes praticados contra este grupo vulnerável, valendo como destaque o crime de corrupção previsto no artigo 244b[18]. A importância de tal tipo penal se tem exatamente ao proteger o grupo de sua vulnerabilidade primordial que é a influencia criminosa.

Nota-se que a vulnerabilidade da criança e do adolescente, se deve principalmente ao não consolidamento de sua moral devido à sua idade. O ato de influenciar o vulnerável a praticar algum ato ilícito, é de reprovabilidade passível de punição com pena máxima de quatro anos, não sendo possível o enquadramento na lei 9.099/95.

Quando alguém abusa da vulnerabilidade de outrem causando a este dano grave, estará violando os direitos humanos deste vulnerável. Tal violação não deve ser aceita pelo Estado porquanto estabelecido em Tratados Internacionais.

Ocorre que, como fora estudado, os Idosos e Membros da comunidade LGBTI não gozam de Tratados Internacionais de proteção especial, resta aos mesmos a proteção geral. Os idosos ainda tem alguma proteção específica contra a violência, conforme visto neste capítulo, porém é ineficiente. Os membros da comunidade LGBTI não possuem proteção especial contra a sua vulnerabilidade, seja em âmbito interno ou internacional.

18. Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

PROTEÇÃO HOMOGÊNEA DOS GRUPOS VULNERÁVEIS

Como vimos alhures o direito internacional tem a possibilidade de influenciar a legislação e a jurisprudência interna de cada país. O sistema internacional serve, dessa forma, de parâmetro mínimo para que legisladores possam ter a referência no que tange a proteção dos direitos humanos, bem como a proteção dos direitos de grupos vulneráveis.

Além disso, cabe relembrar que estados signatários de tratados devem honrar o acordado não apenas baseado na regra *pacta sunt servanda* como também pela manifestação soberana do legítimo dono do poder, qual seja o povo. Em se tratando de Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, notamos a propensão doutrinária e predisposição jurisprudencial no sentido de aceitá-los no bloco de constitucionalidade, sendo que o motivo da divergência se encerra cumprido o requisito do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

A partir daqui, temos embasamento teórico para suscitar a questão da possibilidade de uma proteção geral de grupos vulneráveis, sem a especificação de cada um desses grupos, apenas baseando no conceito de grupo de vulnerável predefinido.

Há, primeiramente, de se estabelecer critérios para a extensão da proteção para cada grupo vulnerável a ser protegido.

A *RATIO* DA PROTEÇÃO COMO CRITÉRIO PARA SUA EXTENSÃO

A partir do conceito jurídico estabelecido no primeiro capítulo (p. 34) permite a classificação dos grupos vulneráveis quanto à *origem* de sua vulnerabilidade, ou conforme consta no conceito: *em decorrência de circunstâncias histórico-culturais* ou *por baixa representatividade política*, (Origem).

Importante consignar que esta categoria de classificação apresenta paralelo com uma aquela feita por Comanducci, segundo Lima e Mata Diz (2015, p.586)[1]:

> Dentro desta mesma categoria, Comanducci identifica as minorias culturais, inferiores numericamente, e que se encontram em uma condição de desvantagem por razões históricas, econômicas, políticas, inclusive por características raciais e sexuais, resultando em um mosaico inimaginável do que possa pertencer. O interesse é enfatizar que nem todas estas desigualdades estão protegidas ou, ao menos de alguma maneira efetivamente protegidas, contra a desigualdade de trato e da exclusão.

Tais causas se coadunam a demandar proteção jurídica da mesma maneira.

1. Dentro de esta misma categoría Comanducci identifica a las minorías culturales, inferiores numéricamente, y que se encuentran en una condición de desventaja por razones históricas, económicas, políticas, inclusive por características raciales y sexuales, resultando en un mosaico no imaginable al que pueda pertenecer. El interés es enfatizar que no todas estas desigualdades están protegidas o, al menos de alguna manera efectivamente protegidas, contra la desigualdad de trato y la exclusión.

Independentemente da origem é necessário a proteção jurídica, porém como citado pelas autoras, a importância desta classificação se encontra em enfatizar que há grupos vulneráveis, por elas chamadas de minorias, sem proteção efetiva (Lima e Mata Diz, 2015).

Por este motivo, não se deve considerar primordialmente essa classificação para a criação ou interpretação normativa. Isso, porque a proteção jurídica necessitada não tem relação lógica vinculada às causas que deram origem à vulnerabilidade. Ou seja, independente de um grupo ser vulnerável por baixa representatividade política, por circunstâncias histórico-culturais ou por qualquer causa ainda não aventada, sua proteção irá depender do contexto fático de necessidade.

Certamente que, a causa da vulnerabilidade pode influenciar na proteção concebida de fato, como um grupo que, tendo representação política no Poder Legislativo consegue aprovar leis de proteção. Porém, o que se busca nesta pesquisa é entender o critério de dever-ser (deontológico), para que se possa estender a proteção de grupos vulneráveis conseguindo uma proteção homogênea para todos os grupos vulneráveis que se encaixem no conceito estabelecido.

Outra classificação possível é a que se dá pelo *traço característico de sua personalidade discriminado* (Característica discriminada).

Esta é classificação utilizada para a proteção atual. O traço característico pode ser o sexo feminino, a cor da pele, a idade ou alguma deficiência.

No tocante a normas protetivas, este modelo de se mostra superado em decorrência de uma crise de interpretação, pois excessivamente hermético e, conforme os exemplos demonstrados, não conseguem garantir a proteção ao ser humano vulnerável que dela necessita. Isso porque o atual sistema jurídico, por influência da chamada guinada interpretativa, não se satisfaz com "uma opção pragmática por uma ética da alteridade". (Carneiro, 2011, p.129)

Para Just (2006, p.394), a expressão guinada interpretativa baseia seus aspectos presentes em duas idéias:

> A primeira dessas idéias é a da projeção sobre o pensamento jurídico contemporâneo, de um interpretativismo cultural geral, associado à idéia de pós-Modernidade filosófica,
>
> A segunda é a adesão da Teoria do Direito a um paradigma epistemológico interpretativo (ou hermenêutico).

Just (2006, p.397) explica a idéia de interpretativismo cultural destacando que:

> A noção de interpretação só pode desempenhar o papel que lhe cabe nessa visão do Direito como resultado de uma interação entre ordem e hermenêutica heideggo-gadameriana: dotada de uma estrutura prática, e não puramente teorética, a interpretação é uma forma de relação radical e existencial, e não simplesmente contemplativa, com o mundo, no caso com a ordem, fazendo

> assim parte de “um esforço fragmentário e heterogêneo – o do espírito humano situando-se como interpretados das coisas” (Ordem e hermenêutica).

Vê-se que a proteção dos grupos vulneráveis considerando apenas o *traço característico de sua personalidade discriminado* se torna inadequado. Isso porque estabelecendo os modelos pré-concebidos de grupos vulneráveis apenas tolhe a possibilidade de uma interpretação mais favorável à aplicação dos princípios do direito como busca de justiça e a melhor proteção *pro homine*.

Quanto ao paradigma hermenêutico, diz Just (2006, p.398):

> A importância atribuída à conexão entre o conceito de norma e o uso da norma teria produzido a idéia de que a ciência do Direito não é uma descrição de fatos, e sim uma atribuição de sentido, de que o Direito se compõe de expressões simbólicas e de que conhecer o Direito significa interpretá-las.

A necessidade de o texto normativo conter apenas conceitos simples e concretos como: mulher, idoso, pessoa com deficiência, reflete uma preocupação excessiva com o positivismo exacerbado o qual não resolve mais as necessidades atuais tendo em vista a complexidade de transformações nestes conceitos.

Como exemplo, tem-se a dificuldade em explicar se a legislação protetiva da mulher deve ou não ser aplicada ao transgênero que se identifica com sexo feminino sendo que parte da doutrina condiciona tal proteção à feitura de cirurgia para trocar o sexo para o feminino. Deixa-se de perguntar se o ser humano ali presente carece ou não de uma proteção específica, dentro de sua vulnerabilidade constatada, somente para adequar-se à subsunção do ente ao arquétipo pré-definido na norma.

Outro exemplo da crise dessa classificação taxativa no Brasil, tem-se na PEC 171/93, que criou, em tese, uma imputabilidade penal relativa para crimes hediondos, homicídio consumado e lesão corporal seguida de morte.

No texto aprovado pela Câmara dos Deputados, enumeram-se crimes para os quais o menor de dezoito e maior de dezesseis anos teria sua imputabilidade reconhecida. Isso criaria uma imputabilidade penal relativa, sendo que para crimes de maior reprovabilidade social o Estado deve substituir a idade em que se considera o indivíduo capaz de ter sua reprimenda feita por penas e medidas cautelares próprias do Direito Penal. (Valle Silva, 2015)

Essa mitigação da idade penal para certos crimes é ilógica para a teoria jurídica atual, visto que um adolescente seria imputável se cometesse um crime previamente listado, mas inimputável se cometesse os demais. Exatamente o oposto do garantido pela norma constitucional previsto no art.228 da CRFB/88. (Valle Silva, 2015)

Entendemos que tal discrepância, se deve ao fato de se estabelecer um critério protetivo em razão do *traço característico do protegido*, no caso em comento a idade.

Dessa forma, o terceiro modo de classificação dos grupos vulneráveis pode ser feito pelos *direitos básicos tolhidos ou dificultados injustamente* (Vulnerabilidade).

Ao se buscar qual direito básico foi tolhido ou dificultado, objetiva-se encontrar o fundamento pelo qual tal grupo deve ser protegido especialmente, ou seja, a *ratio* de proteção.

No processo de criação do direito a correta descrição deste elemento será o responsável pela aproximação da *mens legislatoris*, o sentido que o processo legislativo quis definir, com a *mens legis,* o que de fato pode se extrair do texto normativo. Do ponto de vista teleológico, tem-se então um ganho formal. Não se advoga, no entanto por uma interpretação apenas pela *mens legis*, visto críticas pertinentes à linguagem jurídica como as apontadas por Cavalheiro (2007, p.189):

> É incontestável que a linguagem jurídica se constitui de termos técnicos, não obstante, entendermos, como Genaro Carrió, que, em sua essência, deve valer-se da linguagem natural. Esse tecnicismo, tão criticado por inúmeros autores, vem, sem dúvida, da própria especialização da linguagem jurídica, o que não impede que tais termos sejam carregados de ambigüidade e vagueza. Vejamos alguns exemplos enumerados por Beatriz Di Giorgi: " [...] 'relevante interesse coletivo', 'reputação ilibada', em caso de 'relevância e urgência', 'estado de necessidade'". Ou seja, não é se valendo de termos técnicos que o jurista afasta o problema da ambigüidade ou vagueza.

Porém, o que se pretende é destacar o aspecto positivo em se tentar a aproximação do texto escrito à real intenção do legislador que é, em ultima análise o representante do titular do poder em um Estado Democrático de Direito, qual seja, o povo.

A mesma autora (Cavalheiro, 2007, p.192) faz críticas ao modelo interpretativo do século XIX, porém destaca positivamente a aplicação da separação de poderes como expoente da escola da exegese:

> O princípio **da separação dos poderes**, uma conquista do referido século, foi obedecido à risca, de tal forma que o juiz, mero aplicador da lei, não poderia jamais interpretá-la, senão através do método gramatical, caso contrário, poderia vir a substituir a **vontade do legislador**, que, na verdade, era considerada a vontade geral. (Grifo nosso)

Certamente, tal corrente encontra-se superada, no entanto, é possível vislumbrar sua preocupação com a vontade do legislador, porquanto representante do povo. Nesse sentido é que tal pesquisa se propõe também em destacar a intenção do legislador no momento de criação da norma protetiva para grupos vulneráveis.

O legislador, ao adotar a presente proposta de classificação, torna-se mais claro ao intérprete que cria a proteção em concreto ao individualizar a norma.

Outra vantagem de tal classificação se dirige, pois, ao aplicador da norma, pois, não se prendendo a critérios formais pré-estabelecidos, o magistrado e o administrador

público poderão interpretar de forma a buscar uma máxima proteção aos grupos vulneráveis (princípio *pro homine*). Bem como, ao se classificar os grupos de acordo com sua vulnerabilidade, tem-se um ganho de ordem equitativa na proteção jurídica de quem realmente necessita (igualdade material).

Dessa forma, tem-se que axiologicamente a classificação pela *ratio* de proteção é a melhor descrição normativa possível.

O ônus de tal classificação se dá, no entanto, no campo lingüístico. Ora, a *ratio* de proteção será a vulnerabilidade de um grupo. Deve-se, por tanto, entender a aplicabilidade de tal vocábulo, eis que não unívoco.

No entanto, aceita-se uma abertura dialógica de tal classificação com a clássica, visto que não se busca um sistema endógeno para a interpretação das normas protetivas.

A classificação por meio das características tem resultados comprovados e continuarão a ser utilizadas para a formação de um sistema de proteção homogêneo de vulneráveis.

Nesse contexto, apresenta-se aceitável e ao mesmo tempo preferível que haja legislações específicas para o aprofundamento da discussão sobre a caracterização de um grupo vulnerável específico.

Temos como exemplo positivo, toda uma teoria jurídica criada a partir da elaboração da lei Maria da Penha, com evidente evolução na discussão sobre a proteção de grupos vulneráveis, como consignado por Campos (2011, p.7)

> Ao construir uma legislação específica para nortear o tratamento legal da violência doméstica, o feminismo disputa um lugar de fala até então não reconhecido pelos juristas tradicionais. É que a afirmação dos direitos das mulheres, através de uma legislação específica, ameaça a ordem de gênero no direito penal afirmada por esses juristas. Dito de outra forma, os pressupostos teóricos sob os quais têm se sustentado a formulação sexista sobre o que deve ou não ser considerado um tema de relevância jurídica.

Tal argumento não invalida a proposta entendida neste trabalho de que a proteção deve ter foco na *ratio* da vulnerabilidade, mas viabiliza uma outra abordagem.

A norma protetiva deve, para o que se propõe, ser o mais aberta à interpretação quanto o permitido pelo princípio da legalidade e a ordem jurídica vigente e previsto por normas internas. Porém, ao se reconhecer a vulnerabilidade de certo grupo, *por meio da característica injustamente discriminada*, deve-se fazê-lo de maneira expressa e, por Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ou outro instrumento de direito internacional que possibilite a interpretação extensiva, afim de que se limite a aplicação demasiadamente discricionária pelo interprete.

O juiz ou administrador público que for aplicar um mecanismo protetivo a um grupo específico, deverá encontrar a *ratio* da proteção pré estabelecida em instrumento

internacional, mesmo que de *soft law*, para que certificar que tal interpretação realmente se destina à proteção de um grupo vulnerável.

Esse diálogo entre as fontes resulta de uma hermenêutica heteroreflexiva, como apontado por Carneiro (2011, p.262):

> O mesmo espaço reflexivo que viabiliza uma atitude vigilante do intérprete face à sua finitude, também permite a interceptação de um processo reflexivo aberto à alteridade. Deixamos a primeira dimensão (autorreflexiva) e assumimos uma segunda possibilidade, agora heterorreflexiva. Devemos partir do pressuposto que, por mais vigilantes que estejamos, a busca aleatória não cobrirá todas as perspectivas possíveis, razão pela qual a presença do outro se faz necessária. Assumir essa possibilidade não significa acreditar que a nossa compreensão – nos moldes delineados pela analítica existencial – é solipista, uma vez que a condição de possibilidade para a compreensão é o estar com o outro nessa casa chamada linguagem.

Tal análise, permite ao intérprete ao se indagar qual grupo deve ser protegido, porquanto vulnerável, não tenha apenas a opção de um raciocínio segundo suas próprias convicções (autorreflexivo), mas que por normas jurídicas positivadas se faça um diálogo dentro do Sistema Jurídico Interno e Internacional.

De tal sorte, a teoria aqui pretendida não se apresenta como uma ruptura com o atual entendimento, mas como uma solução dialógica para a interpretação da proteção dispensada aos grupos vulneráveis.

Não se confunde, porém com a interpretação dialógica entre Direito Interno e Internacional pelo princípio *pro homine*, pois essa se baseia em uma interpretação de escolha entre qual norma, Internacional ou interna seria mais favorável ao ser humano.

> No que tange especificamente aos tratados de proteção dos direitos humanos, cabe destacar a necessidade de interpretação que leve em conta sempre a norma *mais favorável* ao ser humano. Ou seja, os tratados de direitos humanos devem ser interpretados tendo sempre como paradigma o princípio *pro homine*; por meio desse princípio, deve o intérprete (e o aplicador do direito) optar pela norma que, no caso concreto, *mais projeta* o ser humano sujeito de direitos. Observe-se que os tratados contemporâneos sobre direitos humanos já contêm "cláusulas de diálogo" ou "cláusulas dialógicas" (*v.g.*, art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) que fazem operar entre a ordem internacional e a interna um "diálogo" tendente a proteger sempre mais o indivíduo. (MAZZUOLI, 2014, p.302-303) (Grifos no original)

O que se propõe é uma coalizão interpretativa utilizando o grupo vulnerável previsto internacionalmente e aplicando a proteção específica, processual ou material, prevista internamente para os vulneráveis com a mesma *ratio*.

Tal modo interpretativo está em consonância com a compatibilidade prevista no ordenamento jurídico no Estado brasileiro como denota Ramos (2004, p. 410):

> No caso brasileiro, ressalte-se que há a *presunção absoluta de compatibilidade* entre a norma internacional e a norma constitucional, devendo o operador

> interno buscar soluções interpretativas que possibilitem o integral cumprimento das deliberações internacionais de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. (Grifos no original)

A preferência pelos Tratatados Internacionais de Direitos Humanos para a classificação da característica discriminada se deve à tendência informadora e paradigmática de tal sistema em relação ao Direito Interno, como nas palavras de Canotilho (1998, p.1217):

> Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de "Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais", no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. (...) Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas no novo paradigma centrado: nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do ***jus cogens*** internacional) O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional tendencialmente informador do Direito interno.

Porém, como visto a extensão desta classificação para os mecanismos protetivos em si, pode se tornar prejudicial.

Dessa forma, para a melhor proteção dos grupos vulneráveis, as normas que geram proteção especial para grupos vulneráveis devem ter interpretação extensiva aos outros grupos com a mesma *ratio*.

Trata-se, portanto, de uma nova interpretação para as normas de proteção aos grupos vulneráveis bem como uma releitura da técnica jurídica para a criação de tais normas. O estudo se dirige aos aplicadores do direito para uma extensão que vise a maior proteção dos vulneráveis conquanto se possa fazer por meio da interpretação, bem como ao legislador que vise uma maior aplicação do mecanismo protetivo criado.

A CRIAÇÃO DE UM SISTEMA HOMOGÊNEO POR MEIO DA EXTENSÃO DOS MECANISMOS PROTETIVOS ENTRE GRUPOS VULNERÁVEIS

Uma das formas de descrever o problema da falta da proteção homogênea dos grupos vulneráveis é, pois, com uma proposição: uma vez que a proteção dada a certo

grupo vulnerável é ineficaz[2] ou insuficiente[3] e há mecanismos de proteção a outro grupo vulnerável de eficácia comprovada, não seria lícita a extensão dessa proteção?

Note-se que o Estado Democrático de Direito como paradigma definidor e orientador da forma de atuação do Estado Brasileiro, destinado a alcançar os objetivos fundamentais previstos no art. 3º da CRFB, deve perquirir um ideal de justiça igualitário baseando-se por uma nova ordem constitucional respeitando-se a equidade. Isso impõe que o sistema jurídico posto seja interpretado e aplicado sob a ótica de um novo constitucionalismo, que, nas palavras de Almeida (2008, p. 135), tem por finalidade "superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo *positivismo meramente legalista*, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação com justiça da realidade social". O Estado passa, assim, a buscar um sistema homogêneo de proteção de direitos para diminuir a discriminação sofrida por certos grupos sociais.

Tal sistema estende-se além das normas internas de um Estado, considerando como exemplo o transconstitucionalismo proposto por Neves (2009, p.292), o qual se tem em comum com a pesquisa ora apresentada o objetivo de proteção de excluídos:

> O que se exige na sociedade mundial do presente é a promoção da inclusão: a redução da crescente setor de exclusão. Nesse sentido, Luhmann alerta para o perigo da "avalanche da exclusão" em face da desmontagem do Estado social, mesmo em regiões mais desenvolvidas do globo. Trata-se aqui da integração social no sentido da teoria sistêmica: "chance da consideração social de pessoas". A rigor, trata-se, na inclusão, de acesso das pessoas aos benefícios dos sistemas funcionais; na exclusão, dessa falta de acesso.

Na mesma linha de pensamento, Vieira (2015, p.36) propõe um constitucionalismo na mundialização, descrito pelo autor como:

> A mundialização, "termo razoável e legítimo" para que se compreenda o processo de mudanças em curso, à luz das suas implicações socioculturais, tecnológicas, econômicas e políticas que têm redirecionado e redimensionado o estudo da sociedade, tornando-se comum as pesquisas nas ciências sociais aplicadas iniciarem com uma abordagem sobre o assunto para introduzir uma espécie de nova condição existencial da humanidade – a mundialização como condição pós-nacional.

O autor dialoga com o Direito Constitucional Internacional de Mirkine-Guetzévitch; com o Estado Constitucional Cooperativo de Häberle, com a Internacionalização do Poder Constituinte de Maziau, entre outros, como o já citado tranconstitucionalismo de Neves e o interconstitucionalidade de Canotilho, para propor em síntese:

> No contexto evidenciado, duas teorias se destacam para reperspectivar um diálogo interconstitucional entre as diversas ordens jurídicas que

2. Por ineficaz, entende-se do ponto de vista do trabalho, aquilo que não equipara a desigualdade fática com a desigualdade (positiva) jurídica, gerando a proteção necessária para a vulnerabilidade.
3. Entende-se insuficiente, quando pelo princípio da proteção *pro homine*, não se consiga um status completo de proteção baseado na evolução posta do ordenamento jurídico.

> se consolidam nos diferentes planos – locais, nacionais, internacionais, transnacionais e supranacionais. Ambas de maneira não apenas como suporte de compreensão do cenário mas colocando-se de maneira também propositiva ante as novas situações daí engendradas. São elas, a ***interconstitucionalidade*** a partir de Canotilho e o ***transconstitucionalismo*** de Marcelo Neves. A interconstitucionalidade e o transconstitucionalismo não se enquadram perfeitamente a ótica da "internacionalização do Direito Constitucional", ainda que contemplem (também) esse movimento. Todavia é preciso realçar que vão além disso. (Vieira, 2015, p. 193)

A partir de tal concebimento de diálogo entre instâncias pode-se estabelecer os contornos para o sistema homogêneo de proteção, nos quais os mecanismos protetivos serão estabelecidos por meio de normas concretas internas, como normas penais materiais e normas processuais e a definição de grupos vulneráveis será feita por instrumentos internacionais, como tratados e normas de *soft law*.

Nasser (2006, p.152-153) ao comentar o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça induz que há princípios gerais do direito que seriam universais, ainda ratificando que podem ser influenciados por normas de *soft law*:

> O pressuposto do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça é de que existem princípios gerais de direito que são comuns às "nações civilizadas" e que poderão ser acionados na solução de controvérsias perante a Corte. [...]
>
> Os princípios materiais terão maiores ou menores possibilidades de aplicação na esfera internacional segundo a área em que operam. Assim, uma regra como a da força maior será mais facilmente aceitável do que conteúdos mais específicos em áreas novas do direito como os direitos humanos ou o meio ambiente.
>
> Os instrumentos da ***soft law*** podem ser indicações de uma generalização desses princípios matérias que possa levá-los a uma incorporação nos diversos ordenamentos internos e posterior aplicabilidade na esfera internacional.
>
> Poder-se-ia sustentar que a afirmação de determinados princípios nos instrumentos faz deles gerais de modo automático, independentemente da sua presença nos direitos internos. Esse argumento, no entanto, esbarra no problema de considerar as provisões de acordos ou instrumentos não obrigatórios como dotadas de força vinculante, de modo autônomo.

O fato proposto é que se tem uma universalidade que pode ser utilizada para a defesa de um sistema de proteção a grupos vulneráveis por meio da interpretação da legislação internacional e mecanismos de proteção internos.

Entenda-se mecanismos protetivos, para os fins dessa pesquisa, como normas descritivas de proteção especial em caso concreto, como a possível tipificação do crime de homofobia ou atualmente o afastamento da aplicação da lei 9.099/95 nos casos de violência domestica contra a mulher. Conclui-se, como visto alhures, que tal proteção deve ser feita tendo como critério a *ratio*. Tal consideração foi feita, neste trabalho, para diferenciá-los dos diplomas normativos que reconhecem um grupo como vulnerável, o qual será feito por meio

da característica discriminada.

Ao se adotar a terceira classificação dos grupos vulneráveis em diálogo com segunda para fins de conceituação, nosso raciocínio se volta para os modos de se corrigir o cenário interpretativo atual.

A partir daí, propõe-se que a *ratio* então definida, pode ser interpretado também no adágio *ubi eaden ratio ib eaden jus* que define a analogia. Isso porque, tendo como norma protetiva, não da pessoa, mas da vulnerabilidade em si, se torna possível a extensão da proteção.

A interpretação extensiva, tem o sentido de atribuir proteção a grupos analogamente vulneráveis, fazendo valer o direito como justiça. Nas palavras de Mata Diz e Oliveira (2010, p. 290):

> A atividade hermenêutica situa-se na concretização normativa: o texto e o contexto, ou seja, o primeiro momento da justiça, em seu caráter abstrato, a norma complementa-se com singularidade ou universalidade concreta: a situação fática.
>
> Conforme aduz KARL LARENZ, a conexão do texto e contexto encontra-se na própria natureza da Hermenêutica Jurídica, uma vez que a interpretação da lei é [...] um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de facto definitiva enquanto enunciado, a partir da situação de fato em bruto, atendendo as proposições jurídicas potencialmente aplicáveis , e se precisa o conteúdo das normas atendendo mais uma vez a situação de facto tanto quanto seja necessário.

Com isso, pretende-se que, ao se criar novos mecanismos para a proteção de um grupo vulnerável, o mesmo possa ser usado em favor de outro grupo criando assim um sistema homogêneo de proteção.

Por homogêneo não se entende, porém, que todos os grupos vulneráveis devem ter a mesma proteção. Isso acarretaria em outro problema relativo à igualdade formal, como estudado anteriormente.

A evolução dada a um grupo deve refletir em outro, colocando-os em patamares evolutivos idênticos conforme a necessidade fática. Por esse motivo o critério adotado foi o da real necessidade fática da proteção que se traduz no *cerceamento injusto de um direito,* ou seja, a denominada *ratio*.

Seria, portanto, criar mecanismos homogêneos que primassem por um nível máximo de proteção, buscando otimizar os resultados da aplicação de norma protetiva destinada a um determinado grupo vulnerável a todos as demais espécies, para, posteriormente, fixar parâmetros específicos, mas não menos protetivos.

Para demonstrar o proposto, utiliza-se, metodologicamente, como paradigma a proteção jurídica dispensada à mulher.

Tal se deve, uma vez que os mecanismos de proteção da mulher no sistema jurídico

vigente se mostram mais desenvolvidos, faltando, contudo, uma aproximação entre os avanços normativos e as respectivas práticas sociais. (Piovesan, 2000)

Para Piovesan (2000, p.17) "Ao conjugar a normatividade internacional e constitucional, conclui-se que no âmbito jurídico resta assegurada a plena igualdade entre os gêneros no exercício dos direitos civis e políticos, sendo vedada qualquer discriminação contra a mulher".

Logicamente esse avanço foi conquistado com luta e é totalmente legítimo todo o aporte protetivo dispensado às mulheres. O que se pretende é analisar um próximo passo para a efetiva proteção de outros grupos, que tais como as mulheres, sofrem de vulnerabilidade análoga.

Para isso, serão primeiramente estabelecidos a *ratio* utilizada nos aportes protetivos trazidos pelas leis 11.340/06 e 13.104/15 para as mulheres e em seguida analisada a possibilidade de sua extensão a outros vulneráveis.

ANÁLISE DA *RATIO* NOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO CONTIDOS NAS LEIS 11.340/06 E 13.104/15

Como dito anteriormente, faz-se um corte para estudar apenas os aspectos epistemologicamente importantes para a presente pesquisa e que se encontram nas legislações citadas. Com isso, deixa-se de falar sobre a competência processual, com possíveis controvérsias, presente na lei Maria da Penha. Concentra-se em três aspectos desta lei, a saber: a criação de uma qualificadora para o crime de lesão corporal se esta for cometida com violência doméstica; medidas protetivas de urgência (ainda judiciais)[4] em favor da vítima de violência doméstica; o afastamento da lei 9.099/95 para crimes com violência doméstica.

Como já mencionado, não se entra, pois na questão já pacificada, sobre a constitucionalidade da lei Maria da Penha. No entanto, sabe-se que foi questionada a constitucionalidade da lei 11.340/06 várias vezes, ao comentar propõe Streck (2011, p.98) "Da mesma forma que as cotas raciais são constitucionais, também o é a Lei Maria da Penha, ou, ainda, a Lei dos Crimes Hediondos – com sua diferenciação obrigatória no regime inicial de cumprimento da pena".

No que concerne a Lei 13.104/15 será comentado sua inovadora proteção à mulher também em casos de menosprezo ou discriminação à condição de mulher em adição à já protegida violência doméstica. Outros aspectos desse diploma legal encontram-se no capítulo anterior.

---

4. O projeto de lei na Câmara dos deputados nº 7, de 2016, prevê aplicação das medidas protetivas de urgência pela autoridade policial.

A qualificadora da lesão corporal com violência doméstica

A qualificadora do crime de lesão corporal foi incluída pela lei 11.340/06 ao Código Penal em seu artigo 129 ao qual incluiu o parágrafo nono: "Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Pena – detenção de 3 (três) meses a 3(três) anos"(Brasil, 2006).

Pacífico na doutrina e na jurisprudência pátria que tal qualificadora não protege somente as vítimas do sexo feminino, mas sim a todos os que sofrem violência doméstica. Isso porque a vulnerabilidade provém da própria condição de subordinação familiar.

Ao se colocar a condição "prevalecendo-se o agente das *relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade*" (Grifo nosso) deve se interpretar de que o sujeito ativo se beneficiou da vulnerabilidade de outrem.

Entenda-se que este foi o primeiro dispositivo trazido pela lei 11.340/06 a ser estendido a outros grupos vulneráveis como idosos e adolescentes no âmbito familiar. Isso foi possível, porque tal legislação serviu apenas como diploma alterador do Código Penal, se tornando em tese, uma regra de proteção geral. Ocorre que a maneira de interpretar tal norma, coaduna-se com o pretendido sistema homogêneo de proteção a grupos vulneráveis na medida em que deve-se encontrar na vítima vulnerabilidade decorrente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

A qualificadora, apesar de trazida por legislação de proteção a grupo vulnerável específico, modificou uma legislação penal imposta a todos e, mais importante, sem a restrição desta proteção a outros grupos vulneráveis. Isso se deu simplesmente por não utilizar o vocábulo mulher na parte em que se descreve a violência doméstica.

Não se pode olvidar que certamente tal dispositivo objetiva a proteção da mulher, visto que esta é a maior vítima da violência doméstica. Porém, pelo fato de não se utilizar de um tipo normativo excessivamente hermético, tal legislação protetiva pode ser utilizada para a proteção de todos os vulneráveis cuja causa da vulnerabilidade seja doméstica. Dessa forma, essa legislação pode ser utilizada para outros grupos que claramente sofrem discriminação em virtude de vulnerabilidade, tais como membros da comunidade LGBTI e idosos que também são vítimas contumazes de violência doméstica.

Note-se que o acerto da legislação foi de não proteger o grupo vulnerável em si, mas a causa da vulnerabilidade, o que gerou maior nível de proteção do que aquele garantido inicialmente pelo legislador quando da aprovação da Lei Maria da Penha.

Considerando a proposta dessa pesquisa, tal dispositivo foi o melhor construído, tanto do ponto de vista teleológico como sistemático, em toda a Lei Maria da Penha, pois, ao ser tipificado no Código Penal, a proteção se deu ao *ratio* da discriminação, qual seja, a

possibilidade em concreto de se sofrer violência doméstica.

Por outro lado, tal mecanismo protetivo deve ser interpretado conforme o critério proposto. Embora pacífico que o sujeito passivo desta lei pode ser homens ou mulheres, há que se cuidar para que apenas seja utilizado para proteger a *ratio* estabelecida. Nas palavras de Maximiliano (2007, p. 264) "A exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente: *estrita*, porém não *restritiva*. Deve dar *precisamente* o que o texto exprime, porém *tudo* o que no mesmo se compreende; nada de mais, *nem de menos*" (grifos no original).

Uma das formas de se interpretar se uma vítima de violência se enquadra ou não no mecanismo protetivo em comento é o enquadramento no conceito de grupo vulnerável proposto com suas classificações estabelecidas.

Do contrário, imagina-se situação em que as lesões recíprocas entre vítima e agressor em que este seja um agressor contumaz e aquela utilizou de legítima defesa. O interprete deve utilizar o critério da vulnerabilidade, ou a *ratio* da proteção, para se imputar a qualificadora somente ao agressor e não ao vulnerável.

Medidas Protetivas de Urgência

As medidas protetivas de urgência, ao contrário da qualificadora estudada anteriormente, encontram-se previstas no próprio corpo da Lei Maria da Penha, mais especificamente 22 a 24 do diploma normativo. Os artigos 18 a 21 estabelecem disposições gerais para a aplicação de tais institutos (Brasil, 2006).

Entre as classificações possíveis, escolhe-se, por motivos didáticos e metodológicos, classificar as medidas protetivas entre aquelas que geram um ônus ao autor de crime contra a mulher e aquelas que prevêem uma prestação positiva estatal. Estas últimas são prestações como encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento.

O ônus ao autor, por sua vez, pode ser de caráter pessoal, patrimonial ou processual. Dentre as medidas de caráter pessoal, são destaque aquelas que limitam a liberdade do agressor doméstico, todas previstas no artigo 22 da lei ora em comento: a suspensão da posse ou restrição do porte de armas; o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição da aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, inclusive fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Ao se restringir a liberdade do autor de violência doméstica claramente está se restringindo um direito fundamental do mesmo. Porém, tal intervenção resta justificada, visto que se faz isso para a proteção da mulher enquanto grupo vulnerável. Ademais, essa

restrição da liberdade se dá de maneira mais atenuada que a prisão, restando configurada uma medida que, caso não existisse juridicamente ou impossível faticamente, restaria sobrada a pena mais dura.

Entende-se que tais medidas não devem ser estendidas para além da vítima mulher de violência doméstica. Isso deixa os outros grupos vulneráveis que são comumente vítimas de violência doméstica, tais como o idoso, fora da proteção. Como apontado por Lavigne e Perlingeiro (2011, p.291): “No que diz respeito às medidas protetivas de urgência, há o escopo específico de proteger a mulher em situação de violência doméstica e familiar em caso de risco iminente à sua integridade pessoal”.

Dê-se ainda destaque ao parágrafo primeiro de tal artigo, o qual apregoa que “As medidas referidas neste artigo *não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor*, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.”(Brasil, 2006) (grifo nosso). Tal artigo prevê a possibilidade de estender a proteção da mulher caso seja criada nova medida protetiva em outras legislações. Esse é o tipo de norma que proclama um sistema homogêneo de proteção a pessoas vulneráveis, uma vez que abre a possibilidade da constante ampliação do rol protetivo em favor deste grupo vulnerável.

Se concluirmos pela extensão da proteção de um grupo vulnerável a outro, uma suposta medida protetiva criada futuramente para proteger os idosos ou o a comunidade LGBTI poderá ser utilizada em favor da mulher, observando como condição se a *ratio* da vulnerabilidade for compatível.

Não se trata de falar ou não em poder geral de cautela do juiz em casos envolvendo grupos vulneráveis, mas da previsão de um sistema de proteção interligado, com definições bem claras com fim de não se contrariar o princípio da legalidade que nos é tão presente, sobretudo no direito penal.

> O juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não previstas em lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade. No processo penal, forma é garantia. O juiz só está autorizado a praticar os atos que contam com forma legal. Se o juiz se distancia da forma legal, resulta patente a violação à legalidade. (GOMES, L., 2011)

Com o advento da lei 12.403/11 que alterou o Código de Processo Penal, foram elencadas novas medidas cautelares diversas da prisão no ordenamento brasileiro, sendo algumas análogas às medidas protetivas da Lei Maria da Penha, como a proibição de manter contato com pessoa determinada, outras inovadoras como a monitoração eletrônica mediante o uso de tornozeleiras.

Em 2006 não foi vislumbrado a possibilidade de monitoramento eletrônico como

medida protetiva assecuratória da integridade da mulher. Ocorre que cinco anos mais tarde, com avanços tecnológicos, surge essa possibilidade e é positivada no ordenamento brasileiro.

Essa inovação certamente fará parte do arcabouço protetivo da mulher visto que o Código de Processo Penal é uma lei geral e não protetiva de um certo grupo. Mas suponhamos que fosse uma legislação que protege outro grupo vulnerável de maneira hermética, com um enunciado hipotético: "O juiz poderá determinar, para fins de garantir a segurança psicológica do idoso, que as oitivas no decorrer do processo sejam feitos por videoconferência". Seria tal inovação protetiva incorporada pela Lei Maria da Penha por força do parágrafo primeiro de seu artigo 22?

Se considerarmos a proteção apenas pelas características discriminadas a resposta seria negativa, negando tal evolução à proteção da mulher. O ponto apresentado é que a mudança da realidade fática seria mais bem absorvida pela legislação se a proteção se focasse na *ratio* da vulnerabilidade.

A lei 12.403/11 também modificou os critérios para a prisão preventiva alterando o capítulo[5] significativamente o capítulo do Código de Processo Penal que trata desse assunto. Para a presente pesquisa, será importante analisar o inciso III de seu artigo 313.

O artigo 313 do Código Penal prevê as condições para a decretação da Prisão Preventiva quando presentes os pressupostos e fundamentos do artigo 312. No inciso III uma das condições é garantir a execução das medidas protetivas de urgência quando há violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

Dessa forma, duas interpretações se fazem possíveis: i) O Código de Processo Penal previu a possibilidade de aplicação das medidas protetivas de urgência da lei 11.340/06 aos grupos vulneráveis citados, como a criança e o adolescente, o idoso, o enfermo ou pessoa com deficiência; ou ii) o Código de Processo Penal se antecipou a possíveis *legis ferenda* na qual se preveja medidas protetivas de urgência para grupos vulneráveis citados admitindo desde já a prisão preventiva para assegurar-lhes a execução.

Entende-se que a proteção deve ser dada ao maior número de vulneráveis possíveis, mesmo pelo princípio da interpretação *pro homine*, caso que a primeira interpretação se mostre mais correta.

No que concerne às medidas protetivas que causam ônus ao autor, tal *ratio* se

---

5. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
[...]
III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

fundamenta na proteção imediata à vitima de violência doméstica diante da possível morosidade judicial.

Possibilidade de Prisão em Flagrante por crime de menor pontencial ofensivo

O artigo 41 do diploma legal ora em comento prevê que aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Tal norma gera diversas consequências jurídicas das quais nos focaremos em duas: a possibilidade de prisão em flagrante pela autoridade policial nos casos de crime contra a mulher e o condicionamento ou não de representação nos casos de crime de ação pública nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas. Este corte metodológico é feito para viabilizar o trabalho, sendo certo porém que, as outras consequências jurídicas poderão também ser estendidas aos outros grupos vulneráveis.

O afastamento de tal legislação autoriza o delegado de polícia ao tomar conhecimento da ocorrência de crimes de menor potencial ofensivo a lavrar o auto de prisão em flagrante contra o autor de violência doméstica.

Esta proteção está intrinsecamente ligada à diminuição da violência decorrente da Lei Maria da Penha, visto que entre 1995 e 2006, quando os casos de violência doméstica e familiar eram, em sua maioria, enquadrados na Lei 9099/95, as prisões em flagrante apenas se aplicavam aos crimes sexuais e nas tentativas de homicídio, o que correspondia a um número pequeno de casos.

A impunidade era uma condicionante para o abuso e a violência contra mulher. A certeza e a brevidade da conseqüência jurídica certamente tendem a levar a um menor cometimento de crimes. A autoridade policial, após verificar a materialidade de um crime contra a mulher por violência doméstica, deve lavrar o auto de prisão em flagrante e encaminhar o autor ao cárcere.

Logicamente a conduta do delegado de polícia deverá ser cuidadosa, haja vista a conseqüência drástica da pena de prisão, porém a possibilidade de um crime menor como a lesão corporal ou a ameaça encaminhar para um homicídio ou tentativa de homicídio diminui haja vista o caráter progressivo da violência e sua imediata contenção.

A análise posterior do juiz poderá levar o autor à liberdade, porém, uma vez cessado o estado atual das coisas, o perigo do cometimento de mais crimes violentos diminui.

Nesse ponto, necessário se faz a citação da pesquisa de Matos (2006, p.165):

> O carácter continuado da violência do parceiro, descrito por todas as participantes, é algo que tipifica o próprio fenómeno. Essa evidência está de acordo com a representação traduzida nos vários estudos neste domínio, nomeadamente os nacionais (e.g., Lisboa, Barroso & Marteleira, 2003). A partir da caracterização da amostra nota-se também que, em quase todos os

> casos, a duração da relação se confundia com a duração dos maus tratos. Para além disso, os dados mostram que as histórias continuadas de maus tratos, embora se mantivessem no tempo, podem envolver circunstâncias temporais distintas: numa maioria de situações a violência prolongou-se por um período inferior a cinco anos; noutras, a violência estendeu-se para além desse período.

A maior proteção que uma mulher pode ter é a convicção de que, em seu ambiente doméstico, a pessoa que atentar contra sua integridade física ou psicológica sairá de uma delegacia de polícia encaminhada para a prisão.

Trata-se da suma proteção legislativa que um grupo vulnerável pode ter. A possibilidade de se estender a outros grupos é, no entanto, mais remota dado o estado atual da jurisprudência e da doutrina pátria quanto à proteção de grupos vulneráveis.

Isso ocorre por causa da consequência jurídica ao autor que cometeu crime contra a mulher, qual seja a prisão. Porém, ao se analisar a repulsa social de um filho que provoca lesões corporais em seu pai idoso ou uma ameaça a pessoa com deficiência, torna-se claro que o cometimento de tais crimes pede reação mais enérgica.

Com o atual sistema positivista, resta o desenvolvimento da tese da proteção homogênea dos grupos vulneráveis para que se consiga *ad legis ferenda* uma resposta mais célere do estado em repressão a crimes contra idosos, membros da comunidade LGBTI e pessoas com deficiência.

A proposta apresentada é que se possibilite um juízo da vulnerabilidade da vítima ao juiz e ao delegado de polícia para que, tendo grupos predefinidos as possíveis pessoas vulneráveis estabelecidos anteriormente pelo legislador com sua consequente proteção, possa ser extendida para outros grupos vulneráveis.

Possíveis críticas ao proposto com argumentos fáticos como a utilização indevida de tal proteção pelas vítimas ao denunciarem seus parentes por suposta violência. A esses o contraponto feito previamente é que a linguagem do direito sempre apresenta falhas quando da transposição para a realidade. Note-se o mal uso da legislação em comento por meio da chamada *Síndrome da mulher de Potifar* em que a vítima se autoflagela para incriminar o amásio ou marido. Na maioria desses casos é muito difícil para o advogado contra argumentar a acusação da vítima e o suposto agressor acabara preso.

Dessa forma, tal abertura interpretativa do direito penal, entretanto, ainda parece inconcebível no atual estágio jurídico.

Ação penal nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa

Essa questão ficou controversa na jurisprudência pátria por muito tempo. Como foi visto anteriormente, a lei Maria da Penha prevê em seu artigo 41 a impossibilidade de aplicação da lei 9.009/95 aos crimes cometidos com violência doméstica contra mulher. Tal

lei objetiva principalmente dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Ocorre que nas disposições finais, tal lei traz em seu artigo 88 norma a respeito de ação penal. Vejamos “Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.

Se firmaram duas correntes na doutrina e jurisprudência pátria. A primeira entende que ao prever a não aplicação da lei 9.099/95, a Lei Maria da Penha se referia apenas a excluir os benefícios legais, tais como a suspensão condicional do processo, a transação penal e a não prisão, sendo que a norma do artigo 88, de caráter penal não deveria ser incluída nas exceções para crimes cometidos com violência doméstica. A segunda corrente entende que uma vez excluída a aplicação de tal diploma normativo, todo ele deve ser excluído dos casos com violência doméstica.

Em maio de 2010 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4424) para que se confira interpretação conforme a Constituição aos artigos supracitados, no sentido de que: a Lei 9.099/95 não se aplica, em nenhuma hipótese, aos crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha; o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em ambiente doméstico, processa-se mediante ação penal pública incondicionada.

A Corte decidiu, majoritariamente, que os crimes de lesão corporal simples e de lesão culposa, quando praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, processa-se mediante ação penal pública incondicionada.

Importante coadunar o entendimento de Lewandowski, que chamou atenção para aspectos em torno do fenômeno conhecido como “vício da vontade” e salientou a importância de se permitir a abertura da ação penal independentemente da representação da vítima.

> Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade, e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade.
>
> Esse vício da vontade, que é conhecido e estudado pelos juristas brasileiros, consta de nossa legislação civil e penal desde muito tempo. O Código Penal, por exemplo, no artigo 22, fala em “coação irresistível”, inclusive afasta a punibilidade daqueles que agem sob uma coação irresistível. E o Código Civil vigente, no artigo 151, também trata da coação como um vício insanável da vontade, que anula inclusive o ato ou negócio jurídico quando uma das partes age sob - e aqui leio o dispositivo - “fundado temor de dano iminente e considerável a sua pessoa, a sua família, ou aos seus bens.”
>
> O que acontece com a mulher, sobretudo a mulher fragilizada, que se situa

> nos extratos inferiores da camada social? Ela está exatamente nesta condição: sob permanente temor de sofrer um dano pessoal, ou que os seus filhos ou familiares sofram um dano, ou que o seu patrimônio, de certa maneira, sofra também algum atentado. Portanto, a mulher não representa porque sua vontade é viciada.

De tal sorte, ao incluir esse possível fator do "vício da vontade" como determinante para sua decisão no caso em comento, o Ministro do STF entende que a ação pública deve ser incondicionada por causa desta vulnerabilidade.

Como a possibilidade de tal vício foi utilizado como razão para a decisão, o argumento pode, portanto, ser utilizado para a defesa de outros grupos vulneráveis que padeçam do mesmo vício, ou que, como a mulher, tenham a propensão de padecer desde que se apresente para esses a mesma *ratio*.

Dessa forma, Matos (p.78) conclui, baseada na proposição psicojurídica feita por Ravazola, que tal violência tende-se a perpetuar:

> Por sua vez, Ravazola (1997) propõe uma outra explicação sistémica para os «circuitos de violência entre os membros de uma família» (p. 56), integrando os mecanismos que conduzem à reiteração de tais interacções. Segundo ela, os sistemas de género e os sistemas autoritários, rígidos e estáveis, permitem caracterizar os contextos abusivos, tendo em conta as crenças, as condutas e as estruturas que esses sistemas viabilizam. Detenhamo-nos, por agora, nos sistemas autoritários e na forma como estes "preservam" formas de relacionamento abusivo. De acordo com a autora, o discurso autoritário caracteriza-se por uma determinada organização (e.g., disfunções, polarizações, descontextualizações) e baseia-se num conjunto de crenças que promove os sistemas abusivos (e.g., "as famílias são mais importantes que as pessoas"; "os problemas familiares devem ser resolvidos entre marido e mulher"). Nessa perspectiva, o abusador comunga habitualmente de dpeterminados privilégios (e.g., "sentido de propriedade" face aos outros membros, impunidade, centralidade, controlo, autoridade). Por sua vez, ***a pessoa abusada sustenta frequentemente crenças que a levam a permanecer nestes circuitos (e.g., crença em torno da incondicionalidade, do poder pessoal diminuído, a comiseração face ao maltratante percebido como "doente", a desvalorização pessoal, a "anestesia" de mal-estar)*** (Ravazola, 1997). Essas dinâmicas familiares levam a que muitas relações abusivas acabem por se perpetuar. (Grifo nosso).

Porém, essa propensão das mulheres não representarem contra seu agressor pode ter relação com outro motivo, a saber, a dominação histórica masculina e da aceitação por parte deste grupo vulnerável a violência sofrida. Para Bourdieu (2002, p.26):

> Quando os dominados aplicam em seu domínio esquemas que são produto da dominação ou, em outros termos, quando seus pensamentos e suas percepções estão estruturados de conformidade com as estruturas mesmas da relação da dominação que lhes é impostas, seus atos de ***conhecimento*** são inevitavelmente, atos de ***reconhecimento*** de submissão. (grifos no original)

Bourdieu (2002, p.26) entende essa dominação masculina como fruto de uma

violência simbólica estabelecida, a qual não é percebida pela mulher enquanto dominada:

> A violência simbólica se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispões, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos tem em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem essa relação ser vista como natural; ou, em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar ou para ver e avaliar os dominantes (elevado/baixo, masculino/feminino, branco/negro etc.) resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas de que seu ser social é produto.

Há então, a incorporação do grupo vulnerável no contexto da dominação.

A *ratio* da proteção aqui dispensada é tanto o vício da vontade quanto a situação de dominação presente na relação homem/mulher.

A qualificadora do homicídio contra mulher por condições de sexo feminino

A lei 13.104/15 inseriu no ordenamento jurídico a proteção à mulher além de situação de violência doméstica, quando há menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Como já visto, uma das facetas desta legislação é prever qualificadora para o crime de homicídio praticado contra mulher em razão da condição de sexo feminino, sendo que tal condição existira quando por violência doméstica (proteção que já existia) ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher (novo paradigma para proteção).

O homicídio da mulher com menosprezo ou discriminação à condição de mulher é aquele perpetrado por agente que possui *animus* de repulsão ao sexo feminimo, podendo então ser classificado como crime de ódio.

Louvável a preocupação do legislador ao punir mais severamente quem pratica crime de ódio contra a mulher, porém outra vez a *ratio* deveria ter sido prestigiada. Se houvesse previsão legislativa que qualificasse o homicídio em caso de crime de ódio, outros grupos vulneráveis poderiam ser beneficiados.

Entende-se que tal qualificadora tem como *ratio* a maior reprovabilidade do homicídio praticado com a violência doméstica ou com menosprezo ou discriminação de um traço característico.

A CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO HOMOGÊNEA POR MEIO DA EXTENSÃO DOS MECANISMOS PROTETIVOS: POSSIBILIDADES E LIMITES

O atual sistema jurídico existente e vigente deve ser respeitado. Tanto por se tratar de uma construção democrática quanto pelos preceitos axiológicos existentes na Ciência do Direito, tais como o princípio da legalidade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, entre outros.

Não há, portanto, pretensão de se reinventar uma nova ordem jurídica em cisão com a atual. Não se podem desconsiderar os princípios anteriormente citados na aplicação dos conceitos até aqui estudados se eles não se coadunarem com os mesmos.

Ocorre que há possibilidades de se entender a extensão ora pretendida por mecanismos existentes no ordenamento vigente. Isso porque o operador do direito não deve ser visto como técnico que apenas faz a subsunção do fato à norma, sendo imprescindível sua consideração no contexto em que será aplicada.

A aplicação do direito não deve se dar apenas por técnica jurídica interpretativa, como visto, mas por uma variada gama de fatores. Neste ponto Batista e Mata Diz (2015, p.18):

> O advogado, o promotor de justiça, o defensor público, o delegado, para não citar tantas outras profissões que lidam com o direito, se deparam diariamente com questões sociológicas, filosóficas, psicológicas, entre outras, que vão muito além do uso de dados técnicos, simplesmente relacionadas à condução de uma ação judicial.

Em extremo oposto, não se deve ceder ao relativismo em que "um ponto de vista especificamente hermenêutico não se reduza a um conjunto de teses epistemológicas e que ao mesmo tempo não se dilua num interpretativismo geral". (Just, 2006 p.399)

Há mecanismos jurídicos previstos como a analogia e teorias como a transcendência dos motivos determinantes dos quais se pode lançar mão para objetivo aqui proposto. Em outros casos, entende-se que a extensão não se faz possível no status normativo presente, porém, tal estudo pode se estimular uma modificação legislativa ou a adoção do modelo protetivo a ser doravante positivado.

A analogia e o complemento a lacunas legislativas

A analogia, prevista na lei de introdução às normas do direito brasileiro, configura método interpretativo que ocorre quando o aplicador do direito, não conseguindo buscar para o caso concreto lei perfeitamente adequada, socorre-se de outra lei análoga, que lhe auxilie na formação de seu convencimento.

> Trata-se de processo lógico valorativo. Por conseguinte, não se limita à analise e comparação racional dos dois ou mais objetos, ligando-se também à dimensão axiológica da experiência jurídica.
>
> Em virtude disso, não basta que haja mera similitude ou semelhança entre um caso e outro, sendo de fundamental importância que existia idêntica razão entre eles, isto é razão jurídica (ratio juris) que se apresente na solução de um deve ser a mesma par ao do outro, ensejando, pois, que a decisão de ambos seja idêntica ou, pelo menos, aproximada.(Gomes, J. 2012 p.63)

A condição estabelecida no artigo quarto dessa legislação é quando a lei for omissa. A omissão legislativa, ao se tratar de Direitos Humanos, não poderá ser óbice para a

proteção de grupos vulneráveis. Como estabelecido por Piovesan (2013, p.395):

> Além disso, cabe ao Estado brasileiro elaborar todas as disposições de Direito interno que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades enunciados nos tratados de que o Brasil é parte. A omissão estatal viola obrigação jurídica assumida no âmbito internacional, importando em responsabilização do Estado. Viola ainda a própria Constituição, na medida em que esses direitos e liberdades foram incorporados ao Texto Constitucional, por força do art. 5º, § 2º, devendo ter aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).

Apesar disso, no Direito Interno, existe no direito penal o princípio da legalidade, que se fragmenta em reserva legal com a anterioridade. Tal garantia é prevista na Constituição Federal em seu Art. 5º inciso, XXXIX ao prever que: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;". Entende-se que tal princípio, estende-se não só aos tipos penais, bem como as qualificadoras, causas de aumento de pena e agravantes.

Dessa forma, entende-se que, dentre os mecanismos de proteção estudados, enquadram na possibilidade de extensão por analogia as medidas protetivas de urgência, pois não se consideram medidas penais, apesar de infringirem ônus ao agressor.

Exclui-se, dessa forma, a possibilidade da extensão por analogia a feitura do Auto de Prisão em Flagrante por crime enquadrado na lei 9.099/95; a qualificadora do artigo 121, § 2°, inciso VI do Código Penal; bem como a ação penal pública incondicionada no caso do crime de lesão corporal leve, apesar de instituto processual, visto sua consequência penal desfavorável ao réu.

Quanto à qualificadora do § 9° do artigo 129 do Código Penal, não há uma omissão legislativa, pois a técnica normativa foi perfeita, nos termos aqui tratados. No entanto, tal dispositivo teve como base a proteção a um grupo vulnerável, sendo, portanto, necessária sua interpretação por meio da *ratio*.

A interpretação por meio da *ratio*

A qualificadora do crime de lesão corporal deve ser interpretada como um mecanismo protetivo de grupos vulneráveis na acepção vista anteriormente. Isso porque ao se introduzir no ordenamento jurídico tal *novagio lex*, se teve a ratio de se proteger grupos vulneráveis propensos a sofrer violência doméstica.

Tal interpretação foi exaustivamente tratada nos subtítulos anteriores. Sua retomada se dá pelo fato que ela também constitui em um meio de concretização de outro mecanismo previamente estudado: a qualificadora do homicídio introduzida pela lei 13.104/15.

Não se trata de interpretação analógica, visto sua impossibilidade por se tratar de matéria penal, portanto afeta ao princípio da legalidade, mas da interpretação sistemática e conforme a constituição utilizando como paradigma a *novagio lex*.

Há uma outra qualificadora do crime de homicídio que é aplicável sempre que o crime ocorre com motivo torpe. Tal fato encontra-se no inciso I do § 2° do artigo 121 do Código Penal. Sistematicamente o mesmo local previsto o feminicídio.

Entende-se, no estudo apresentado, que deve se utilizar a proteção à mulher por violência doméstica ou violência de gênero como um tipo de motivo torpe.

Ora, tem-se por torpe, motivo moralmente reprovável, repugnante de um ponto de vista social. Se entendermos que a qualificadora do feminicídio se deu por causa da repulsão a crimes de ódio por descriminação ou desprezo a certa característica, no caso sexo feminino, tem se que a repulsa se dá por essa *ratio*, não importando qual característica discriminada ou desprezada.

Concretizando o raciocínio, se *exempli gratia* existe um homicídio pela condição de etnia no qual o agressor demonstra desprezo pela característica de tal grupo vulnerável, deve-se aplicar a qualificadora do motivo torpe, visto que tal *ratio* é susceptível de tal consequência jurídica.

Sem ferir a norma, pode-se estender a proteção a outros grupos vulneráveis utilizando como paradigma a *ratio* da qualificadora do feminicídio.

A transcendência dos motivos determinantes

A teoria da transcendência dos motivos determinantes foi elaborada primeiramente para ser utilizada em sede de controle de constitucionalidade difuso para estender uma decisão com efeitos preliminarmente *inter partes* para um efeito *erga omnes*.

Trata-se de utilizar a fundamentação dada em uma sentença como parâmetro para outras decisões de cunho análogo. Também é conhecida como efeitos irradiantes ou transbordantes dos motivos determinantes.

Posteriormente, foi utilizada pelo STF[6] para dar efeito vinculantes não só à sentença, como também aos fundamentos da decisão. Lenza (2016, p.365) admite que tal teoria não é mais aceita no STF desde 2010[7], porém rebate “Com o máximo respeito, não parece razoável desprezar a teoria da transcendência no controle concentrado, já que a tese jurídica terá sido resolvida e o dispositivo deve ser lido, em uma perspectiva moderna, à luz da fundamentação”.

O raciocínio jurídico indutivo que se propõe é que se tal sentença se fundamentou em tal motivo determinante, o mesmo motivo determinante deve irradiar para que se forme o mesmo entendimento para casos com a mesma *ratio*.

No entanto, não se pode utilizar qualquer frase como parâmetro para aplicação, há que se ater para que tal circunstância tenha sido a razão do Ministro de ter decidido dessa forma. Com tal finalidade Lenza (2016, p.365) difere argumentos *obter dictum* de *ratio*

6. ADI 3.345/DF
7. Rcl. l0.604 (08.09.2010)

decidendi:

> Obter dictum ("coisa dita de passagem") ou simplesmente dictum são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, aceita a «teoria do transbordamento», não se falaria em irradiação de obter dictum, com efeito vinculante, para fora do processo. Por outro lado, a ratio decidendi, sendo holding a denominação mais usual na experiência norte-americana, é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, aceita a "teoria dos efeitos irradiantes", a "razão da decisão" passaria a vincular outros julgamentos.

Dessa forma, como visto o voto do Ministro Lewandovski na ADI 4424 teve como *ratio decidendi* o chamado "vício de vontade", outros grupos vulneráveis que também são susceptíveis de tal vício devem gozar da mesma proteção.

Apesar de esta teoria não ser de simples aplicação, tem-se nela uma forma de manter a coerência nas decisões judiciais. Sobre coerência, cabe ressaltar a crítica de Streck (2013):

> Coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico.

Nesta esteira, apesar da atual resistência à essa teoria no âmbito do Direito Constitucional, consigne-se uma possibilidade de concretização da extensão protetiva, caso seja futuramente aceita.

A necessidade de previsão legislativa

Como dito, nem todos os mecanismos protetivos poderão ser estendidos a outros grupos vulneráveis. A técnica legislativa utilizada, por vezes deixa claro que o legislador pretendeu a proteção isolada de um traço característico, de modo que outros grupos vulneráveis aos quais o Estado brasileiro também se comprometeu a proteger ficam de fora.

Contudo, a própria possibilidade linguística de criação de normas legislativas de modo a melhor aplicá-las para a proteção dos Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis já se manifesta justificada.

A proposta feita é que o legislador utilize na redação de mecanismos protetivos termos como *em decorrência de violência doméstica*; *praticado contra grupos vulneráveis*; *com abuso de vulnerabilidade*; em detrimento de se focar na característica discriminada como *contra mulheres; contra negros; por motivo de homofobia*; entre outros.

O estudo ora realizado, propõe nova técnica legislativa para evitar responsabilidade do Poder Legislativo, conforme entendimento de Luiz Alberto David Araújo, citado por Piovesan (2013, p. 395):

> A respeito da responsabilização do Estado decorrente da omissão, compartilha-se do entendimento de Luiz Alberto David Araujo quando afirma: "A declaração judicial da omissão implica no reconhecimento de dano a pessoa ou grupo de pessoas prejudicadas. Estamos diante de uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso, o Poder Legislativo da União Federal e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada. (...) Quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o metaindividual, duas regras ficam claras: há um reconhecimento de falta de cumprimento de dever (obrigação) do Poder Legislativo; há um princípio de responsabilização das pessoas de direito público. As duas regras devem ser entendidas dentro da ótica da inafastabilidade do Poder Judiciário, para apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito (inciso XXXV do art. 5º). Logo, configurada a omissão, é cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra a pessoa de direito público, responsável pela omissão"

Isso porque, ao se determinar a *ratio* na produção normativa (crime de ódio, violência de gênero, violência doméstica), alcança-se uma proteção quantitativa maior, ao se estender a outros grupos vulneráveis, e qualitativa melhor, visto a criação de um sistema homogêneo de proteção em que mecanismos protetivos sempre estarão sendo inseridos.

Ainda no que tange a responsabilização do estado e o Poder Legislativo do mesmo, destaca Ramos (2004, p. 410):

> A importância de saber a espécie do ato estatal atacado e mesmo o tipo de Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário) ao qual o ato pertence, está na possível dificuldade de Direito interno para a execução das decisões internacionais de responsabilização internacional do Estado.

A presente pesquisa versa sobre a possibilidade de um norte na formação da *opinio juris* atual sendo possível a proteção dos idosos com influência dos Princípios das nações unidas para as pessoas idosas e a proteção dos membros da comunidade LGBTI com base nos Princípios de Yogyakarta. Sobre a influência das normas de *soft law* na formação da *opinio juris* pondera Nasser (2006, p.156):

> Paralelamente à influência que podem exercer sobre a prática dos Estados, os intrumentos *soft* podem influir no surgimento e na fixação da *opinio juris*, e seus conteúdos podem eventualmente fortalecer o argumento de que determinada *opinio juris* existe.
>
> A afirmação constante de determinados princípios, objetivos, necessidades, acompanhada ou não de práticas que os realizem, pode influenciar os Estados para que passem a considerar determinantes condutas como obrigatórias ou indicar que já as consideram assim.
>
> É claro que essa atuação sobre o convencimento dos Estados será mais relevante e problemática se não acompanhar ou suceder a prática. Nesse

> caso, será uma modalidade de construção do costume selvagem.
>
> Saber se os conteúdos de cada um desses instrumentos são o germe de uma *opinio juris* nascente ou são a afirmação de *opinio juris* preexistente, ou ainda se não são nem uma nem outra coisa, depende de investigação centrada na linguagem usada pelos mesmos instrumentos.
>
> Os instrumentos de *soft law* são, portanto, parte da prática dos Estados, e podem servir como meios auxiliares na identificação do direito costumeiro que estes reconhecem ou criam.

Dessa forma, o mecanismo protetivo da prisão em flagrante por crime de menor potencial ofensivo continua apenas sendo possível quando a vítima for mulher enquanto houver a manutenção do ordenamento jurídico posto. Deve-se respeitar o princípio da legalidade por se tratar de privação da liberdade do autor da maneira mais violenta permitida pelo atual paradigma de Estado Democrático de Direito. No entanto, pode-se pleitear a *ad lege ferenda* a proteção para os grupos vulneráveis objeto desse estudo, bem como outros que apresentarem semelhante vulnerabilidade.

Passaremos a analisar as possíveis extensões dos dispositivos apresentados a outros grupos vulneráveis. Examina-se cada caso separadamente.

A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DA MULHER AO IDOSO

Ao se comparar as legislações protetivas, parece claro que a proteção dos direitos humanos dos idosos não está no mesmo patamar jurídico daquela dispensada às mulheres. Tal discrepância pode ser corrigida se utilizarmos da interpretação baseada no sistema homogêneo de proteção e a consequente extensão.

Como dito, a qualificadora da lesão corporal pode ser estendida para as vítimas de violência doméstica. Note-se que o idoso, porém possui propensão à violência doméstica, sendo portanto passível de proteção. Isso porque a fragilidade inerente da dependência psicológica da família.

Note-se que algumas das medidas protetivas existentes na Lei Maria da Penha (como a que impede que o agressor se aproxime da vítima a menos de 200 metros) têm servido de inspiração aos juízes das varas comuns no exercício de suas funções, inclusive àqueles que analisam casos de violência contra homens, muito embora não se possa aplicar a Lei Maria da Penha nesse caso, conforme já sedimentado na jurisprudência.

Ocorre que a medida protetiva de urgência, tem como *ratio* a temeridade de o autor continuar com a violência.

Não obstante, pode chegar um momento em que o agressor continue a cometer violências contra o idoso. Uma vez que se o agressor for solto teme-se pela segurança do idoso a prisão em flagrante em decorrência da desconsideração da lei 9.099/95 poderá ser

utilizada.

Quanto à possibilidade do crime de lesão corporal leve como sendo de ação penal pública incondicionada, a transcendência do motivo determinante do vício de vontade no caso do julgamento da ADI 4424 pode ser instrumentalizado por meio de controle difuso de constitucionalidade pelo magistrado ou mesmo pelo delegado de polícia.

Para a proteção do idoso, que possuir vício de vontade inequívoco dado sua proximidade com o autor da violência, poderá ser estendido o mecanismo de proteção contido na Lei Maria da Penha.

No tocante a crimes de ódio não será possível a extensão da qualificadora do feminivídio, visto que a *ratio* não é aplicável. Assim seria se houvesse uma propensão em se odiar as pessoas idosas, por exemplo, um grupo totalitário que entende as pessoas idosas como inimigas do estado. Como tal situação hipotética não existe na realidade fática atual, não há a extensão desse mecanismo protetivo.

A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO DA MULHER A MEMBROS DA COMUNIDADE LGBTI

Uma das maiores críticas feitas à lei 11.340/06 foi quanto ao vocábulo mulher, que aparece sessenta vezes no diploma normativo. Para Campos (2011, p.6)

> Se, no debate de construção da Lei Maria da Penha, a perspectiva da mulher vítima de violência doméstica construiu um discurso capaz de unificar vários atores sociais, ao excluir a expressão 'vítima' do texto normativo e inscrever a 'mulher em situação de violência', o feminismo promoveu um deslocamento discursivo dessa categoria e a inscrição de um novo sujeito. Por outro lado, é também argumentável que, mesmo inscrevendo esse novo sujeito, a Lei, ao admitir apenas as mulheres no polo passivo da violência, mantém a dicotomia de gênero. Se esse paradoxo parece não ser superável teoricamente, pode ser explicável no campo da ação política do feminismo.

Isso, porém, se deve ao método interpretativo convencional, buscando a característica discriminada para oferecer a proteção e não sua *ratio*.

Como dito alhures, a qualificadora da lesão corporal em decorrência da lesão corporal cometido em âmbito doméstico é extensível a qualquer vítima que demonstrar essa *ratio* haja vista a técnica legislativa que foi concebida. Por tanto, um membro da comunidade LGBTI tem essa mesma *ratio*.

No que concerne às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, as mesma são estendíveis aos membros da comunidade LGBTI se por acaso forem necessárias em virtude de interpretação analógica. No documento de Yogyakarta, há a expressa previsão do Direito à segurança Pessoal em seu Princípio 5, prevendo obrigações estatais:

> Os Estados deverão: a) Tomar todas as ***medidas policiais*** e ***outras medidas necessárias*** para prevenir e proteger as pessoas de todas as formas de violência e assédio relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero; b) Tomar todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas à violência, ameaças de violência, incitação à violência e assédio associado, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar; c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima não possa ser utilizada para justificar, desculpar ou atenuar essa violência; d) Garantir que a perpetração dessas violências seja vigorosamente investigada e, quando provas adequadas forem encontradas, as pessoas responsáveis sejam processadas, julgadas e devidamente punidas, e que as vítimas tenham acesso a recursos jurídicos e medidas corretivas adequadas, incluindo indenização; e) Realizar campanhas de conscientização dirigidas ao público em geral, assim como a perpetradores/as reais ou potenciais de violência, para combater os preconceitos que são a base da violência relacionada à orientação sexual e identidade de gênero.

Embora tal instrumento se constitua de norma de *soft law*, seu uso interpretativo, em um sistema homogêneo de proteção, pode legitimar o uso dos instrumentos previstos na legislação protetiva da mulher. A interpretação também é forma de concretização da norma jurídica, conforme Mata Diz e Oliveira (2010, pág. 289):

> A Hermenêutica Jurídica tem o condão de proceder a realização do justo no caso concreto por meio da decisão razoável e fundamentada. A compreensão e aplicação do direito configuram-se como movimentos de partida e de retorno ao texto normativo, não com o intuito de criar uma nova norma jurídica particular, mas sim para conferir efetividade a ela, estender o seu alcance à realidade concreta por força da ***inafastabilidade da não-decisão***. (Grifos no original) pag 289.

Ora, a *ratio* da norma jurídica encontrada na Lei Maria da Penha é o combate à violência de gênero. Se tal instrumento Internacional de Direitos Humanos institui a proteção à violência perpretada contra a identidade sexual e à identidade de gênero, induz-se que a tal sistema deve ser estendido.

No tangente à ação penal incondicionada no caso específico, a *ratio* é o vício da vontade e a dominação histórica. Aqui aplica-se o mesmo ao que foi dito quanto ao idoso, porém com certas considerações.

O homossexual encontra preconceito análogo visto sua orientação de gênero, principalmente considerando a classificação de Carvalho (2006, p.17) que, ao tratar da questão de gênero, o conceitua como sendo uma forma de se referir à organização social das relações entre os sexos.

A autora rejeita totalmente a tese do determinismo biológico como *ratio* do preconceito, o qual busca explicações para a sujeição da mulher em fatores como a sua capacidade de procriação ou a força física masculina superior, para conceber ao gênero,

qualidades fundamentalmente sociais baseadas no sexo, em uma categoria relacional que define homens e mulheres. (Carvalho, 2006)

No entanto essa dominação citada, apesar de histórica e consolidada, se mantem por meio de uma representação simbólica imposta. Tal fato pode ser revertido por meio de uma *luta cognitiva* como continua Bourdieu (2002, p.26):

> Porém, por mais exata que seja a correspondência entre as realidades, ou os processos do mundo natural, e os princípios de visão e de divisão que lhes são aplicados, há sempre lugar para uma *luta cognitiva* a propósito dos sentidos das coisas do mundo e particularmente das realidades sexuais. A indeterminação parcial de certos objetos autoriza, de fato, interpretações antagônicas, oferecendo aos dominados uma possibilidade de resistência contra o efeito de imposição simbólica. (grifos no original)

Entende-se que o simbolismo de dominação conforme descrito, pode ser desfeito por um trabalho de des-historicização da história descrito por Bourdieu (2002, p.104) como a quebra de uma eternização das condições para a dominação masculina:

> Realmente, é claro que o eterno, na história, não pode ser senão produto de um trabalho histórico de eternização. O que significa que, para escapar totalmente do essencialismo, o importante é não negar as constantes e as invariáveis, que fazem parte, incontestavelmente da realidade histórica: é preciso reconstruir a história do trabalho histórico de des-historicização, ou, se assim preferirem, a história da (re)criação das estruturas objetivas e subjetivas da dominação masculina, que se realiza permanentemente, desde que existem homens e mulheres, e através dos tempos.

Eis que chega-se a ponto importante da pesquisa ora apresentada. A consciência da vulnerabilidade e da consequente necessidade de uma proteção diferenciada provém de um mecanismo de quebra do *status quo*, sobretudo quando a *ratio* da vulnerabilidade for consequente de discriminação por motivo de gênero.

Neste contexto, se mostra importante para as mulheres o movimento feminista que dá visibilidade à vulnerabilidade da mulher e questiona tal dominação. Para Campos (2011, p.1)

> Há mais de quatro décadas, o feminismo vem tecendo fortes críticas às ciências e às diversas disciplinas acadêmicas. O desenvolvimento desse processo, inclusive interno, produziu um conhecimento que não pode mais ser caracterizado como mera crítica ao malestream (Smart, 2000). No que se refere ao campo do direito, a crítica feminista vem desenvolvendo-se fortemente desde a década de 1970, sob diferentes perspectivas.

O movimento LGBT faz esse papel ao denunciar os crimes de ódio. Importante para conseguir sua proteção. Embora o atual arcabouço normativo não permita a extensão da qualificadora do homicídio, é possível se classificar como motivo torpe, visto que fere a moral média da sociedade. Tal interpretação é possível ao se considerar que um crime contra a vida de um grupo vulnerável, como o é a mulher, deve ser considerado para

a punição por homicídio qualificado, também o é o crime contra a vida de outro grupo vulnerável, por motivo torpe. Em nada se contrariando o princípio da legalidade, visto a existência de tal qualificadora.

Entretanto, no que consta a possibilidade da prisão em flagrante por crime de menor potencial ofensivo, do jeito que a legislação foi construída, torna difícil a interpretação para conceber tal instituto aos membros da comunidade LGBTI.

Mesmo com a hermenêutica se voltando para a proteção dos grupos vulneráveis, a extensão da proteção para a possibilidade de Prisão em Flagrante deverá ser feita *ad lege ferenda*, conforme visto alhures.

CONCLUSÃO

Ao revisar os mecanismos protetivos que combatem a violência sofrida por grupos vulneráveis, nota-se que com exceção do grupo vulnerável utilizado como parâmetro, as mulheres, em todos os outros são praticamente inexistentes. Dessa forma, confirmou-se a necessidade e a atualidade de tal estudo não só de um ponto de vista tópico, mas também pragmático.

Isso porque a urgência do combate à violência põe à prova a efetividade do direito em se promover uma resposta justa aos problemas concretos da sociedade. A decisão judicial não pode esperar a conceituação de "mulher" para aplicar ou não uma medida protetiva a um vulnerável.

Uma vez dado o passo para uma nova concepção na criação e interpretação de normas protetivas, espera-se que a evolução da discussão dos direitos humanos dos grupos vulneráveis reflita no aperfeiçoamento os conceitos jurídicos estudados.

A tentativa de se conceber um conceito de grupo vulnerável baseado na doutrina internacionalista, normas de heterorregulação e na axiologia foi realizada com sucesso, posta à prova e estando, a partir da publicação de tal estudo, sujeita a críticas, aperfeiçoamentos e contrapontos. Porém, o objetivo foi concebido na medida em que se conseguindo conceituar grupo vulnerável de uma maneira universalmente aceita, pois adapta-se aos grupos testados, torna-se possível o raciocínio indutivo que parte da proteção especial dispensada a um deles, no caso em pauta às mulheres, para que outros grupos, caso apresentem vulnerabilidade análoga, aproveitem dessa mesma proteção.

A partir de um conceito, torna-se possível teorizar quanto à aplicação de um sistema de proteção ligada não na característica discriminada (sexo, idade, identidade de gênero ou orientação sexual), mas tão somente na vulnerabilidade apresentada. Como foi visto, a vulnerabilidade fática deve ser compensada com um tratamento jurídico diferenciado, o que justifica o atual sistema de proteção especial.

Ocorre que ao se focar a proteção especial a um caractere específico do vulnerável perde-se em objetividade na busca de proteção da vulnerabilidade fática existente. Ora, o *telos* da proteção especial é proteger o vulnerável frente à sua vulnerabilidade fática constatada. Exemplo dado do idoso que sofre violência doméstica e familiar, mas não recebe a proteção da lei 11.340/06 por não se encaixar no grupo vulnerável protegido.

Se tal lei tem a intenção (*means legis*) de se combater a violência doméstica, tal fato deve se estender aos grupos vulneráveis que apresentem a propensão de sofrer tal violência.

A hipótese trabalhada se baseia em um sistema de interpretação homogêneo, no

qual grupos vulneráveis que apresentem desigualdades fáticas análogas e necessitem de proteção especial, utilizem mecanismos protetivos extensivos entre si. Ou seja, quando um grupo vulnerável for contemplado com uma proteção jurídica por meio de uma legislação tal mecanismo possa ser utilizado a favor de outro grupo com vulnerabilidade semelhante.

Para que tal extensão não seja colocada de forma excessivamente discricionária, foi necessário determinar os critérios para se encontrar a razão, ou a *ratio*, da proteção especial em decorrência da vulnerabilidade. Esses critérios advêm de um diálogo de normas internacionais e internas, como o estabelecido.

Neste diálogo, normas internacionalmente estabelecidas servem de exemplo de interpretação de como o juiz irá aplicar os mecanismos protetivos internos. Exemplo dado foi a qualificadora da lesão corporal em virtude de violência doméstica. O tipo penal não especifica que deve ser praticada contra grupo vulnerável, porém toda a construção do texto pode ser interpretada para proteger vulneráveis. Ora, como saber se o autor se prevaleceu das relações domésticas para praticar a lesão?

O caminho apresentado parte da interpretação conforme a vulnerabilidade da vítima. Se a vítima da agressão possui vulnerabilidade em virtude de possível dominação do agente, o tipo penal adequado será o crime qualificado. Em outra linha, se quem sofreu a lesão não foi vítima vulnerável, o crime cometido será a lesão corporal simples, prevista no *caput* do art.129 do Código Penal.

Porém ao decidir se há ou não vulnerabilidade no caso concreto, o intérprete deverá se valer dos mecanismos de proteção internacional, tanto os convencionais como os tratados, quanto os não convencionais, como normas de *soft law*.

Isso porque, após a análise feita aos instrumentos protetivos internacionais e internos, notou-se a real necessidade de um sistema homogêneo de proteção a grupos vulneráveis, visto que, escassos tais mecanismos especiais em diversos grupos como exemplo os tratados idosos e membros da comunidade LGBTI.

Por proteção homogênea entende-se que o patamar mínimo de proteção dos grupos vulneráveis deve evoluir de forma que os direitos protegidos pela integração do Direito Internacional dos Direitos Humanos com os mecanismos protetivos internos devam ser estendidos aos que possuem a mesma *ratio* para a proteção.

Tal sistema proposto contará com normas internacionais que enumerem quais grupos vulneráveis serão passíveis de proteção, para que o juiz ou outro intérprete tenham um corolário exemplificativo dos grupos vulneráveis; bem como normas de proteção em caso concreto que estabelecerão a proteção em si.

Para o proposto, as primeiras devem ser nominativas e exemplificativas mostrando qual grupo possui vulnerabilidade e as *ratios* de suas possíveis proteções, enquanto as

segundas devem ser descritivas quanto à proteção gerada, ter enunciados gerais quanto ao sujeito passivo, focando-se sua condicionabilidade na *ratio* de proteção.

Ainda sobre tal tema, entendemos que o diploma normativo utilizado para o reconhecimento de um grupo vulnerável deverá ser formalmente mais abrangente, do ponto de vista da jurisdição, quanto maior for a universabilidade da vulnerabilidade deste grupo. Isso porque a interpretação hermenêutica será favorecida pelo diálogo das posições universais. Por esse motivo, os Documentos Internacionais de Direitos Humanos devem reconhecer os grupos vulneráveis mais Universais.

A possibilidade da extensão da proteção do grupo vulnerável paradigma para os demais foi trabalhada e considerada válida frente a uma hermenêutica que vise a justiça, concretização do direito e máxima proteção dos grupos vulneráveis. Tal interpretação, contudo, encontra-se limitada pelo princípio da legalidade.

A proteção estendida poderá ser concretizada de duas formas: por interpretação judicial baseado em corolários do direito, como o poder geral de cautela, ou por controle difuso de convencionabilidade ou constitucionalidade utilizando-se a teoria da transcendência dos motivos determinantes; ou *ad lege ferenda* para casos em se impõe o princípio da legalidade estrita.

A qualificadora da lesão corporal por violência doméstica, prevista no parágrafo nono do artigo 129 do Código Penal, não apresenta óbice para a extensão aos grupos vulneráveis estudados, dado que a vítima não foi delimitada por este tipo penal.

Diferentemente, a qualificadora do homicídio por feminicídio não abrange outros grupos vulneráveis, sendo impossível a extensão do tipo penal sem ferir o princípio da legalidade. Porém, como estudado, torna-se possível a interpretação de que o feminicídio é um exemplo de motivo torpe, abjeto à sociedade. Dessa forma, torna-se possível a extensão da proteção se o intérprete, ao concretizar a norma com uma sentença penal, entender que o homicídio praticado contra idoso, ou membro da comunidade LGBTI por motivo de discriminação ou menosprezo a esses grupos, ou ainda quando há violência doméstica, se confirma o motivo torpe. O resultado prático dessa interpretação incidiria praticamente o mesmo contra o réu, exceto pelas causas de aumento de pena específicas do crime de feminicídio.

As majorantes específicas do feminicídio, que aumentam sua pena, não poderão ser utilizadas para a extensão pelo fato de se referir apenas à qualificadora do feminicídio deixando uma proteção aquém do destinado ao grupo vulnerável das mulheres.

No tocante a extensão das medidas protetivas de urgência sua extensão se deve à interpretação feita pelo juiz que submete autor de violência contra idosos e membros da comunidade LGBTI a cerceamento de liberdade em grau menor do que com a prisão. Com

isso, torna-se possível o ponderamento do direito individual do autor de se responder o processo penal em liberdade e o direito humano do grupo vulnerável de se preservar sua integridade física e psicológica.

O debate quanto à necessidade de representação nos casos de crime de lesão corporal leve contra idosos e membros da comunidade LGBTI passa por uma questão de psicologia jurídica. Se tais vítimas vulneráveis têm a tendência a se submeter à dominação do agressor, perpetuando a violência contra eles mesmos, resta-se configurado o vício da vontade. Tal como ocorre hoje com vítimas mulheres, o juiz, o membro do ministério público como titular da ação penal pública e a autoridade policial devem ater-se ao fato de um vulnerável sofrer de tal vício ao manifestar desinteresse na representação.

A questão mais delicada trata-se da extensão da possibilidade da prisão em flagrante em caso de crimes de menor potencial ofensivo. Isso porque a pena de prisão infringe uma restrição da liberdade individual que deve ser atendida apenas quando estritamente necessário. Por isso, o princípio da legalidade no direito penal deve ter uma leitura própria mais rigorosa.

No ordenamento jurídico atual, há a possibilidade de prisão em flagrante do autor por crimes de menor potencial ofensivo quando a vítima for mulher e sofrer violência doméstica. Outros grupos vulneráveis passíveis de violência doméstica não gozam desta proteção e não há a possibilidade da extensão sem ferir o princípio da legalidade.

Neste caso, a pesquisa ora apresentada se destina à formação de uma *opinio juris* que pode vir a influenciar o legislador a tipificar o crime de violência doméstica contra grupos vulneráveis *lato sensu*, obtendo a definição de qual característica deve ter este grupo vulnerável no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como proposto no trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, G. A. de. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO 26000**: Diretrizes sobre responsabilidade social. Rio de Janeiro, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Atos Administrativos e direito dos administrados**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** São Paulo: Malheiros, 1999.

BASTERED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de *advocacy* feminista.** In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13-38.

BATISTA, Michelle Aparecida. MATA DIZ, Jamile Bergamaschine**. Os desafios do ensino jurídico e o enfoque das disciplinas profissionalizantes: a criação de técnicos jurídicos seria compatível com o sistema brasileiro?** In.: MATA DIZ, Jamile Bergamaschine e TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Caminhos metodológicos para compreensão e efetividade dos direitos fundamentais**. Pará de Minas: Virtual Books Editora, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Küher. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1982.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689/41. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei no 2.848/40. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.340. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.104/15. In: **Palácio do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em 16 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3305 / DF – Rel. Min. Eros Grau, J. 13.09.2006). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo446.htm>. Acesso em 16 jul. 2015.

BIANCHINI, Alice. **Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 8º.** In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 215-232.

BIANCHINI, Alice; GOMEZ, Luiz Flavio. **Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015.** Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>. Acesso em 20 jul. 2015.

CIDH, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

CIDH, **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

CIDH, **Relatório n° 54/2001, Caso 12.051: "Maria da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil", de 04.04.2001**. Disponível em <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em : 01 nov. 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha.** In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 1-12.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CARVALHO, Nancy Valadares. **A condição feminina**. In: RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Estudos em Homenagem a Flávia Piovesan.** 3° triagem Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 6ª
Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria constitucional. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALHEIRO, Vanisse Lima e Silva. **O papel do Intérprete na Construção do Sistema Jurídico.** In: CARVALHO, Janete Magalhães; FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. **Discursos Introdutórios na Ciência do Direito.** Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007. p.187-200.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DELLORE, Maria Beatriz Pennacchi. **Convenção dos Direitos da Criança (1989).** In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: Instrumentos Básicos.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.64-73

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... Posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2014

FEIX, Virgínia. **Das formas de violência contra a mulher – artigo 7º.** In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 201-214.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à Justiça**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Lesão corporal contra mulher. Violência de gênero. Ação penal pública (in) condicionada?**. 2010. Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2448366/artigo-do-dia-lesao-corporal-contra-mulher-violencia-de-genero-acao-penal-publica-in-condicionada> Acesso em 29 out. 2016

GOMES, José Jairo. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. São Paulo: Atlas, 2012.

GUSTIN, Miracy Barbosa e DIAS, Maria Tereza. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

JUST, Gustavo. **Guinada Interpretativa**. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre F. Morujão. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7ª ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2008.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. **Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21.** In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 289-306.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** ed. 20. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Renata Mantovani de; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. **El derecho de las minorías y los conflictos armados: la creación y puesta en marcha del Tribunal Especial para el** Líbano. In: **Anuario Mexicano de Derecho Internacional,** Volume 15, Issue 1, Pages 571-610, 2015.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Comentários ao Artigo 27**. In: SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena de Direito dos tratados(1969)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. Parte IV, p.281-297.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. **Comentários ao Artigo 41**. In: SALIBA, Aziz Tuffi. **Direito dos tratados: comentários à Convenção de Viena de Direito dos tratados(1969)**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. Parte IV, p.281-297.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine e OLIVEIRA, Paulo César Pinto de**. O papel do tribunal de justiça da União Européia na construção do direito comunitário e no fortalecimento do direito fundamental do acesso à justiça comunitária**. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra e GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos Fundamentais e a Função do Estado nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010 p.279-312.

MATOS, Marlene Alexandre Veloso de. **Violência nas relações de intimidade: Estudo sobre a mudança psicoterapêutica na mulher**. Dissertação de doutoramento apresentada à Universidade do Minho, Minho, 2016. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5735/1/Tese.pdf> Acesso em 01

nov. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Claudinei de. **O valor supremo da Dignidade Humana**. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. P.277-300

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais.** São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

OEA, **Relatório anual 2000**, **Relatório N° 54/01. Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil**. 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 28 out. 2016.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito**. In: **Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PERRONE-MOISES, Cláudia. **O exercício do Direito à Verdade no Brasil Pós-Ditadura Militar**. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de. **Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.269-276.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade de Gênero na Constituição Federal: Os Direitos Civis e Políticos das Mulheres no Brasil.** Publicações Oficiais do Senado Federal, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>. Acesso em: 28 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres**. Rio de Janeiro, REVISTA EMERJ v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan.-mar. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do Direito Internacional** – Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. **São Paulo: Saraiva, 201**4.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista do IAB - Ano XXXIV – Nº 93 – 3º trimestre de 2000. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. 25. **São Paulo: Malheiros, 2005.**

STRECK, Lênio Luiz. **Lei Maria da Penha no contexto do Estado Constitucional: desigualando a desigualdade histórica.** In: CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.93-100.

STRECK, Lênio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! Revista Consultor Jurídico- CONJUR, 21.10.2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em: 21.11.2016.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. **Constitucionalismo na Mundialização: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2015.

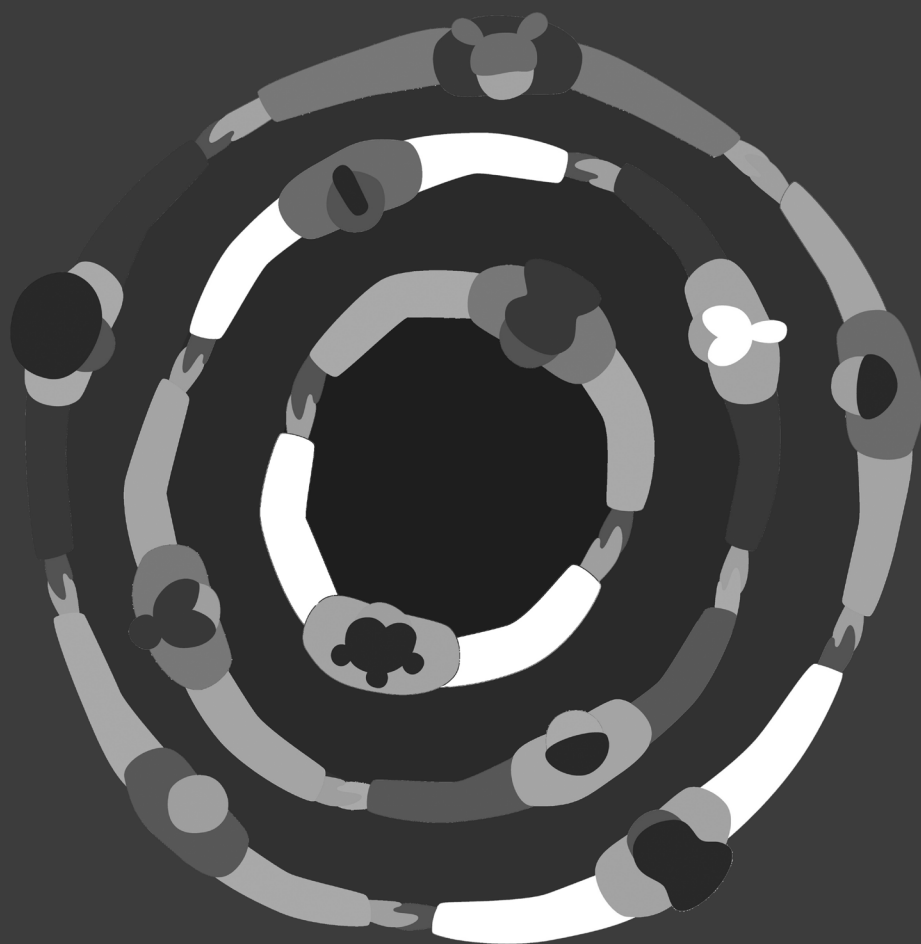
VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo.** IN: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD): julho-dezembro. São Leopoldo: Unisinos, 2012. p. 175-184.

VALLE SILVA, Harley Christian do. **Imputabilidade penal no Brasil. Considerações sobre a (In) constitucionalidade da PEC 171/93.** In: TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; FERREIRA, Marco Aurélio Mesquita. DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO. Ano 2015 – Vol.4. Pará de Minas: Virtualbooks Editora e Livraria Ltda, 2015. p.170-198.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Feminicídio é retrocesso na busca de igualdade e no combate à discriminação**. Revista **Consultor Jurídico**, 26 de dezembro de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-26/leonardo-yarochewsky-feminicidio-retrocesso-busca-igualdade?imprimir=1>. Acesso em: 15 jun. 2015.

SOBRE O AUTOR

HARLEY CHRISTIAN DO VALLE SILVA - Possui Bacharelado e Mestrado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna. Atualmente é Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Nova Serrana - FANS; Professor do Curso de Direito da Faculdade de Nova Serrana (2019); Delegado de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais aprovado no concurso 01/2011. Idealizador e Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Criminologia da Faculdade de Nova Serrana - FANS (2017); Professor Titular do Programa de Pós Graduação da Academia da Polícia Civil de Minas Gerais no Curso de Pós Graduação Lato Sensu em Criminologia. Foi professor e coordenador de cursos preparatórios de concursos públicos especialmente em carreiras policiais.

A proteção homogênea dos GRUPOS VULNERÁVEIS fundamentada nos direitos humanos

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

@atenaeditora

www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2023

A proteção homogênea dos GRUPOS VULNERÁVEIS fundamentada nos direitos humanos

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Ano 2023